



Vers un droit communautaire des contrats

Eve Truilhé-Marengo

► To cite this version:

Eve Truilhé-Marengo. Vers un droit communautaire des contrats. Sciences de l'Homme et Société. Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, 2002. Français. NNT: . tel-00426526

HAL Id: tel-00426526

<https://theses.hal.science/tel-00426526>

Submitted on 26 Oct 2009

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE III
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

VERS UN DROIT COMMUNAUTAIRE DES CONTRATS

Thèse pour le doctorat en Droit présentée par

Ève TRUILHÉ

Sous la direction de

Emmanuel PUTMAN, Professeur à l'université d'Aix-Marseille III

Membres du jury

Rémy CABRILLAC, Professeur à l'université, Montpellier I

Louis DUBOUIS, Professeur Émérite à l'université, Aix-Marseille III

Bertrand FAGES, Professeur à l'université, Paris XII

Catherine PRIETO, Professeur à l'université, Aix-Marseille III

Francis SNYDER, Professeur à l'université, Aix-Marseille III

Aix-en-Provence - Juin 2002

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Les opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À Jérôme.

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Emmanuel Putman dont les conseils fournis et la bienveillante attention m'ont permis de mener à bien cette recherche.

Mes remerciements vont également aux membres du Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires pour leur collaboration et leurs encouragements, et tout particulièrement au Professeur Jacques Bourrinet, Directeur du Centre, pour m'avoir permis de travailler dans les meilleures conditions.

Un merci particulier à Agnès, Bérangère, Estelle, Frédérique et Vanessa pour leur aide précieuse.

LISTE DES ABRÉVIATIONS ET SIGLES

(les abréviations et dénominations désignant des revues sont en italique)

<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
aff.	Affaire
AJDA	<i>Actualité juridique du droit administratif</i>
Art.	Article
BGB	Bürgerliches Gezezbuch (Code civil allemand)
<i>Bull. CE</i>	<i>Bulletin des Communautés européennes</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation</i>
CA	Cour d'appel
Cah. dr. ent.	Cahiers du droit de l'entreprise (JCP)
Cass. Civ, 1 ^{ère}	Première Chambre civile de la Cour de cassation
Cass.	Cour de cassation
<i>CDE</i>	<i>Cahiers de droit européen</i>
CE	Communauté européenne
CEDECE	Commission pour l'étude des Communautés européennes
CEE	Communauté économique européenne
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
<i>CMLR</i>	<i>Common market law review</i>
Concl.	Conclusions
<i>Contrats, concu, consom</i>	<i>Contrats concurrence consommation</i>
<i>D. aff.</i>	<i>Dalloz affaires</i>
<i>D.</i>	<i>Dalloz</i>
<i>Def.</i>	<i>Defrénois</i>
Doct.	Doctrine
<i>DPCI</i>	<i>Droit et pratique du commerce international</i>
<i>ELJ</i>	<i>European law journal</i>
Fasc.	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>La Gazette du palais</i>
IR	Information rapide
<i>JCL Eur</i>	<i>Jurisclasseur Europe</i>
<i>JCL</i>	<i>Jurisclasseur</i>
<i>JCP</i>	<i>La semaine juridique</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du droit international</i>
<i>JOCE</i>	<i>Journal officiel de la communauté européenne</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>MLR</i>	<i>Modern law review</i>
OPOCE	Office de publication des Communautés européennes
<i>PA</i>	<i>Les petites affiches</i>
PE	Parlement européen
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
<i>RAE</i>	<i>Revue des affaires européennes</i>

<i>RCDIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>RDUE</i>	<i>Revue du droit de l'Union européenne</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil des arrêts de la CJCE et du TPICE</i>
<i>REDC</i>	<i>Revue européenne de droit de la consommation</i>
<i>Rev. Hist. Fac de droit</i>	<i>Revue historique des facultés de droit</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RGDIP</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RIDE</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>
<i>RJCom</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RMC</i>	<i>Revue du Marché commun</i>
<i>RMCE</i>	<i>Revue du Marché commun et de l'Union européenne</i>
<i>RMUE</i>	<i>Revue du marché unique européen</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique</i>
<i>RTDCiv.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTDCom.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>TCE</i>	<i>Traité des Communautés européennes</i>
<i>TPICE</i>	<i>Tribunal de première instance des Communautés européennes</i>
<i>TUE</i>	<i>Traité de l'Union européenne</i>
<i>UE</i>	<i>Union européenne</i>

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PREMIÈRE PARTIE : LES FAIBLESSES DU DROIT DES CONTRATS

TITRE I – L’INCONSISTANCE DU DROIT COMMUN

Chapitre 1 – La « faisabilité » d’un droit commun :
le modèle des principes du droit européen du contrat

Chapitre 2 – L’insuffisance du droit positif

TITRE 2 – LES INCOHÉRENCES DU DROIT SPÉCIAL

Chapitre 1 – Le domaine de l’intervention communautaire

Chapitre 2 – Les instruments de l’intervention communautaire

Conclusion de la première partie

DEUXIÈME PARTIE : LA FORCE DES DROITS DES CONTRACTANTS

TITRE 1 – LES DROITS DU CONTRACTANT PROFANE

Chapitre 1 – Une protection générale :
la protection contre les clauses abusives

Chapitre 2 – Des protections spécifiques

TITRE 2 – LES DROITS DU CONTRACTANT PROFESSIONNEL

Chapitre 1 – La protection directe des droits du contractant professionnel :
l’agent commercial

Chapitre 2 – La protection indirecte des droits du contractant professionnel :
l’exemple des contrats de distribution

Conclusion de la deuxième partie

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Du droit communautaire des contrats on a que trop parlé. Tel est peut-être le sentiment général vis-à-vis d'un sujet qui souffre d'être trop « à la mode ». L'affirmation n'est pas dénuée de tout fondement, puisque, totalement vierge il y a seulement quelques années, le thème suscite aujourd'hui l'intérêt des organes officiels comme de la doctrine.

2. Les institutions communautaires les premières se sont saisies du sujet. En 1989, le Parlement européen invitait la communauté des juristes européens à réunir ses efforts en vue du rapprochement du droit privé des États membres ¹. Réitérant son appel en 1994 ² et 2001 ³, le représentant des peuples européens remplit parfaitement son rôle d'agitateur d'idées. Les conclusions de la Présidence du Conseil européen de Tampere relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice indiquent dans le même sens : « en ce qui concerne le droit matériel, une étude générale doit être réalisée sur la nécessité de rapprocher la législation des États membres en matière civile afin d'éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles » ⁴. C'est toutefois la Commission européenne, par l'intermédiaire d'une communication adoptée le 11 juillet 2001 ⁵, qui a officialisé l'intérêt communautaire pour le droit des contrats.

1 - Résolution A2-157/89, du 26 mai 1989, sur un effort de rapprochement du droit privé des Etats membres, *JOCE*, du 26/06/1989, n° C-158, p. 400.

2 - Résolution A3-0329/94, du 6 mai 1994, sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des Etats membres ; *JOCE* du 25/07/1994, n° C-205, p. 518.

3 - Résolution concernant le rapprochement du droit civil et commercial des Etats membres, COM (2001) 398.

4 - Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, SI (1999) 800.

5 - Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, COM(2001) 398 final, concernant le droit européen des contrats, *JOCE* du 13/09/2001, n° C-255, pp. 1-44.

3. L'engouement de la doctrine pour la question mérite aussi quelques explications. Le sujet a commencé par intéresser les spécialistes du droit comparé des États membres ⁶, puis cet intérêt s'est étendu à d'autres spécialistes de la matière juridique, principalement ⁷ étrangers ⁸. Ce très récemment que l'on a pu constater que les juristes français avaient aussi investi ce nouveau champ de recherche. Le thème, entendu de façon extensive, donne lieu aujourd'hui à de nombreux articles ⁹, colloques et autres ouvrages collectifs ¹⁰.

4. Malgré cette accélération du rythme du débat, tout porte à croire que le jugement émis ci-dessus est en partie inexact. Loin d'avoir été trop souvent abordée, la question semble l'avoir été de manière imprécise. Le plus souvent, en effet, ce sont des sujets périphériques au droit communautaire des contrats qui ont intéressé les auteurs. C'est ainsi que l'on a, le plus souvent, évoqué la question très générale de « l'eupéanisation du droit privé » ¹¹, fondée sur une double imprécision. La notion d'« eupéanisation », tout

6 - TALLON (D), L'harmonisation des règles du droit privé entre pays de droit civil et de Common Law, *RIDC*, 1990, 2, pp. 513-523. ALPA (G.), Les nouvelles frontières du droit des contrats, *RIDC*, 1998, n° 4, pp. 1015-1030.

7 - A quelques exceptions près, voir notamment : HOUIN (R.), Pour une codification européenne du droit des obligations, Etudes juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière par ses élèves et ses amis, Dalloz, Paris, 1964. HUET (J.), Les sources communautaires du droit des contrats, in : *Le renouveau des sources du droit des obligations*, Actes du colloque de Lille, Travaux de l'association Henri Capitant, LGDJ, Paris, 1997, pp. 11-27 et *PA*, 21 mars 1997, n°3 5, pp. 8-13. PUTMAN (E.), L'incidence du droit communautaire en droit privé français, *RRJ*, 1997, n° 2, pp. 435-449.

8 - BUSSANI (M.) MATTEI (U.), Le fond commun du droit privé européen, *RIDC*, n°1, 2000, pp. 29-48. GANDOLFI (G.), Pour un Code européen des contrats, *RTDCiv*, 1992, 4., pp. 707-735. BASEDOW (J.), A common contract law for the common market, *CMLR*, 1996, vol. 33, pp. 1169-1195. COLLINS (H.), The voice of Community in Private Law discourse, *ELJ*, 1997, vol. 3, n° 4, pp. 407-421. JOERGES (C.), The Impact of European Integration on Private Law : Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional perspective, *ELJ*, 1997, vol. 3, n° 4, pp. 378-406. MULLER-GRAFF (P.C.), Les perspectives d'un droit privé européen, *RAE*, 1998, n° 3, pp. 242-253. SCHULZE (R.), Le droit privé commun européen, *RIDC*, n° 1, 1995, pp. 7-32.

9 - CHAMBOREDON (A.), La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats, *JDI*, 2001, n°1, pp. 5-46. CHARBIT (N.) L'espéranto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats, *PA*, 26 et 27 novembre 2001, pp. 8-15 et 4-11. Repris au *JCP*, 2002, I, 100. CORNU (G.), Un Code civil n'est pas un instrument communautaire, *D*, 2002, n°4, pp. 351-352. GAUDEMET-TALLON (H.), Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions, *RMCE*, 2000, n°437, pp. 228-242. IDOT (L.), Les bases d'un droit privé européen (Traité de Maastricht et Traité de Rome), in : *Le droit privé européen*, sous la dir. de DE VAREILLES-SOMMIERES (P.) Economica, Paris, 1998, 256 p. MALAURIE (P.), Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte, *JCP*, 6 février 2002, I 110, pp. 281-285.

10 - JAMIN (C.) MAZEAUD (D), sous la dir. de, *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, Paris, 2001, 178 p. DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), sous la dir. de, *Le droit privé européen*, Economica, Paris, 1998, 256 p.

11 - BUSSANI (M.) MATTEI (U.), The common core Approach to European Private law, *op. cit.* BUSSANI (M.) MATTEI (U.), Le fond commun du droit privé européen, *op.cit.* COLLINS (H.), The voice of Community in Private Law discourse, *op. cit.* JOERGES (C.), The impact of European Integration on Private Law : Reductionist Perceptions, True Conflicts and a new Constitutional perspective, *op.cit.* MULLER-GRAFF (P.C.), Les perspectives d'un droit privé européen, *op. cit.* SCHULZE (R.), Le droit privé commun européen, *op. cit.* JAMIN (C.) MAZEAUD (D), sous la dir. de, *L'harmonisation du droit*

d'abord, signifie tout et son contraire... Désigne-t-on une influence d'origine européenne ou communautaire ? Envisage-t-on une influence directe ou simplement indirecte ? La notion de droit privé présente, quant à elle, des difficultés particulières au regard du droit communautaire. Tout d'abord, le droit privé recouvre une réalité particulièrement large puisqu'il est constitué de l'ensemble des règles qui gouvernent les rapports des particuliers entre eux¹². Si l'influence du droit européen ou communautaire s'est fait sentir, ces dernières années, sur certains domaines précis tels que le droit judiciaire¹³ ou le droit pénal¹⁴, une étude portant sur l'eupéanisation du droit privé supposerait que l'on examine des secteurs aussi divers que le droit commercial, le droit du travail, le droit international privé, le droit civil et la procédure civile. On s'aperçoit ici du caractère largement prospectif de l'entreprise. Un membre de la Commission européenne, Monsieur Bangemann, affirme en ce sens : « Les Traités européens posent des limites assez restreintes à la création d'une législation communautaire qui comprend le droit privé dans sa totalité. Ils ne contiennent pas une seule disposition qui autorise l'Union européenne à l'unification du droit privé, ce qui serait cependant nécessaire pour une initiative de l'Union européenne selon le principe des compétences spécifiques d'attribution »¹⁵. Il faut, par ailleurs, convenir que l'étude de l'influence communautaire sur chacun de ces domaines présente un intérêt tel qu'elle mérite certainement une approche autonome plutôt que globale sous un intitulé de droit privé européen.

5. Dans le maquis des réflexions suscitées par ce nouveau champ de recherche, le thème de l'adoption d'un « Code civil européen » est certainement celui qui a le plus

des contrats en Europe, op. cit. PUTMAN (E.), L'incidence du droit communautaire en droit privé français, *op. cit.*. DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Le droit privé européen, op. cit.*

12 - CORNU (G.), Vocabulaire juridique, PUF, Paris, 2001, p. 675.

13 - STORME (M.), Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne, M. Nijhoff, Dordrecht, 1994, 225 p. ROUHETTE (G.) Sur l'harmonisation du procès civil au sein de l'Union européenne, *Justices*, n° 2, juill-déc., 1995, p. 365. DELMAS-MARTY (M.), La responsabilité pénale dans l'entreprise : vers un espace judiciaire européen unifié, *Revue de science criminelle et de droit pénal compare*, 1997, n°2, pp. 249-369. DELMAS-MARTY (M.), L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation du droit : chances et risques, *D*, 1999, pp. 43-48. NORMAND (J.), Un droit judiciaire privé européen ?, *in : Le droit privé européen*, sous la dir. de DE VAREILLES SOMMIERES (P.), Economica, Paris, pp. 124-135.

14 - PRADEL (J.) CORSTENS (G.) *Droit pénal européen*, Dalloz, Paris, 2^{ème} éd, 2002, 609 p. Plus spécifiquement : DELMAS-MARTY (M.) VERVAELE (J.), *Corpus juris, Portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Economica, 1997, 179 p.

15 - BANGEMANN (M), *Privatrechtsangleichung in der europäischen Union*, *ZeUP*, 1994, pp. 377-378.

marqué les esprits ¹⁶. Si cet emballement doctrinal se justifie pleinement au regard de la valeur hautement symbolique et des potentialités de la notion employée, il mérite tout de même d'être contenu. Tout d'abord, fondement d'une majeure partie du système juridique français, le droit civil, à l'instar du droit privé, possède un domaine particulièrement étendu que le droit communautaire ne peut prétendre, en tout cas dans l'immédiat, recouvrir entièrement. Le droit civil est, à la fois le droit des personnes, des biens, des obligations, des successions... Ensuite, le concept de codification, pouvant être défini au plan supra-étatique comme l'opération consistant à énoncer des règles en forme écrite, dans un ordre systématique et de manière obligatoire pour les États qui y participent, demeure assez éloigné des considérations communautaires. En dépit de la formidable extension du champ d'action des institutions européennes, la conception pragmatique des pères fondateurs des Communautés, selon laquelle : « L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble ; elle se fera par des réalisations concrètes, créant d'abord une solidarité de fait » ¹⁷, demeure vivace et relègue vraisemblablement au second plan l'idée de codification d'ensemble ¹⁸.

6. Il convient donc de circonscrire le sujet choisi - Vers un droit communautaire des contrats - en précisant les différents termes qui le composent. L'utilisation de l'adverbe « vers », avec ellipse du verbe dans l'expression « vers un droit communautaire des contrats » marque le terme d'une évolution, d'une tendance ¹⁹. L'étude porte donc le sceau de la progression. Effectivement, si l'idée d'unification du droit des États est ancienne ²⁰,

16 - Voir notamment: LEGRAND (P.), Sens et non-sens d'un Code civil européen, *RIDC*, n°4, 1996, pp. 779-809. LEGRAND (P.), Against a European Civil Code, *MLR*, 1997, vol. 60, pp. 44-63. CORNU (G.), Un Code civil n'est pas un instrument communautaire, *D*, 2002, n°4, pp. 351-352.

17 - Cité in : ISAAC (G.), *Droit communautaire général*, Armand Colin, Dalloz, Paris, 7^{ème} éd, 1999, p. 2.

18 - MARKESINIS (B.S.), Why a Code Is Not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity, *REDP*, 1997, Vol. 5, p. 520.

19 - REY-DEBOVE (J.), REY (A.), *Le petit Robert*, 2000.

20 - A propos de l'ancien droit français Voltaire déjà regrettait : « Et n'est-ce pas une chose absurde et affreuse que ce qui est vrai dans un village se trouve faux dans un autre ? Par quelle étrange barbarie se peut-il que des compatriotes ne vivent pas sous la même loi ?... Il en est ainsi de poste en poste dans le royaume ; vous changez de jurisprudence en changeant de chevaux » : *Œuvres de Voltaire*, Volume VII, *dialogues*, 1838. Saleilles souhaitait un « droit commun de l'humanité » : SALEILLES (R.), Conception et objet de la science du droit comparé, in : *Congrès international de droit comparé, Procès verbaux des séances et documents*, t. I, LGDJ, Paris, 1905, p. 181. Edouard Lambert évoquait un « droit commun législatif » : LAMBERT (E.), Rapport, in : *Congrès international de droit comparé, Procès verbaux des séances et documents*, op. cit., p. 39 ; Jossierand un « droit commun universel » : JOSSERAND (L.), Conception générale du droit comparé, in : *Congrès international de droit comparé, Procès verbaux des séances et documents*, op. cit., p. 243 ; Demogue selon lequel « tout lambeau d'unité doit être considéré comme un progrès » : DEMOGUE (R.), *L'unification internationale du droit privé*, Rousseau, Paris, 1927, p. 20. Capitait selon lequel « l'adoption par les divers Etats d'un seul et même Code pour la réglementation des rapports juridiques, civils ou commerciaux de leurs nationaux [...] constituerait

le droit des contrats, issu d'une longue tradition historique, passait pour être peu perméable à l'influence communautaire. Comme pour l'ensemble du droit civil ou pour le droit pénal, il s'agit d'un de ces domaines que l'on croyait « relever du pré-carré du droit national »²¹. Le contrat constitue pourtant, avec la monnaie, le véritable moteur de l'économie. C'est « l'instrument juridique obligatoire de réalisation des échanges »²². Pour cette unique raison, le lien entre le domaine contractuel et l'intégration communautaire ne peut être nié. Le professeur Huet affirme « Les contrats et les sociétés constituent les deux principaux mécanismes juridiques d'organisation de la vie économique. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que la Communauté européenne, tout comme elle s'est préoccupée des secondes, ait fortement influé le droit applicable aux premiers »²³ ; nous ajouterons à sa suite qu'avec l'avènement de la monnaie unique et de la société européenne, la question de la construction d'un droit communautaire des contrats est devenue incontournable.

7. La notion de droit communautaire doit, elle aussi, être précisée. S'il arrive que les notions de droit européen et de droit communautaire soient employées comme synonymes, elles doivent être clairement différenciées. L'avertissement au lecteur lancé par le Professeur Guy Isaac est parfaitement clair sur ce sujet : « Distinct du droit créé par ou à l'intérieur du Conseil de l'Europe [...], le droit communautaire est celui des Communautés européennes (Europe des 15), dont il régit l'établissement et le fonctionnement ». L'expression « droit européen » désigne un ensemble nécessairement plus vaste qui englobe le droit communautaire en le dépassant par l'addition du droit issu du Conseil de l'Europe et de la Convention européenne des droits de l'homme. L'influence potentielle de cette dernière sur les relations contractuelles a déjà été soulignée²⁴ ; c'est donc moins par défaut de matière que par souci de cohérence que nous limitons le champ de cette étude au seul droit communautaire : nous avons choisi de traiter de l'emprise qu'exerce un ordre

incontestablement un grand progrès » : CAPITANT (H.), Un projet de Code international des obligations et des contrats, extrait des *Bulletins de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, Marcel Hayez, Bruxelles, 1928, p. 199.

21 - DUBOUIS (L.), Introduction, in : *Droit nationaux, droit communautaire : influences croisées – En hommage à Louis Dubouis*, La documentation Française, Paris, 2000, p. 8.

22 - BERR (C.-J.), L'influence de la construction européenne sur l'évolution contemporaine du droit privé français, in : *Etudes du droit des CE; Mélanges offerts à P.H. Teitgen*, Pedone, Paris, 1984, p. 10.

23 - HUET (J.), Les sources communautaires du droit des contrats, *PA*, 21 mars 1997, n° 35, p. 8.

24 - MESTRE (J.), L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations, *REDP*, 1994, pp. 31-45, spec. p. 45. PICHERAL (C.), L'ordre public européen – Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme, La Documentation française, Paris, Paris, 2001, pp. 276-277.

juridique déterminé - l'ordre juridique communautaire - sur un domaine du droit - le droit des contrats.

8. La notion de contrat enfin, ne reçoit de définition unique ni dans le cadre communautaire, ni dans les droits des différents États membres²⁵. En droit français, un contrat est une espèce de convention²⁶, un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes, destiné à produire un effet de droit. Des précisions méritent d'être faites concernant l'utilisation du pluriel dans le titre de l'étude, « Vers un droit communautaire des contrats ». Lors de l'étude du droit des contrats, la doctrine française opère traditionnellement une distinction entre la théorie générale des contrats et le droit des contrats spéciaux. Cette distinction est fondée sur le fait qu'à tout contrat s'appliquent deux types de règles : les règles générales et les règles spéciales. Les règles générales s'appliquent indépendamment de la catégorie à laquelle appartient le contrat, elles constituent ce que l'on nomme la théorie générale du contrat, partie de la théorie générale des obligations prenant « un tour abstrait, en énonçant le régime applicable à tout contrat quel qu'il soit »²⁷. Les règles spéciales, au contraire, s'appliquent en fonction de la catégorie à laquelle appartient le contrat. Le Code civil procède lui-même à une distinction entre la théorie générale des obligations et le droit des contrats spéciaux²⁸. Tout contrat se trouve d'abord régi par un certain nombre de règles non spécifiques et communes à tous les contrats. Le contrat particulier obéit ensuite à des dispositions régissant uniquement les contrats appartenant à la même espèce, spéciales à certaines catégories de contrats et que l'on dénomme traditionnellement droit des contrats spéciaux. On oppose la généralité à la particularité, le caractère abstrait de la théorie générale à l'aspect concret du droit spécial, matière que l'on dit volontiers plus « terre à terre »²⁹. Malgré cette consécration légale et doctrinale, la *summa divisio* du droit français des contrats³⁰ mérite d'être relativisée. Tout

25 - Voir *infra*: §94 et §111.

26 - Les notions de contrat et de convention sont souvent employées comme synonymes en ce sens qu'elles manifestent l'autonomie de la volonté individuelle contrairement à la loi ou au jugement : CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 217.

27 - GAUTIER (P.-Y.), *Cours de droit civil - Les contrats spéciaux - Civils et commerciaux*, sous la dir. de MALAURIE (P.) AYNES (L.), Cujas, Paris, 1998, p. 14.

28 - Dans le Titre troisième du Livre III, consacré aux « contrats ou obligations conventionnelles en général », l'article 1107 indique : « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux (...) ».

29 - HUET (J.), *Traité de droit civil - Les principaux contrats spéciaux*, sous la dir. de GHESTIN (J.), LGDJ, Paris, 2^{ème} éd, 2001, p. 11.

30 - Les droits des autres États membres n'accordent pas la même place à la distinction : le BGB allemand connaît la distinction, mais n'en a pas fait le fondement de ses dispositions. Le droit anglais, quant à lui,

d'abord, comme l'affirme Eric Savaux, auteur d'une remarquable thèse de doctorat sur le sujet³¹, les définitions que donnent les auteurs modernes de la théorie générale du contrat sont, en fait, des définitions du droit commun des contrats : « Aucune définition de la théorie générale ne se démarque de la méthode qui consiste à isoler au sein de l'ordre juridique [...] un ensemble de règles positives applicables à toutes les conventions. Dans la doctrine moderne, la théorie générale est donc toujours caractérisée comme un corps de normes se singularisant par leur objet au sein de deux ensembles plus vastes : en allant du général au particulier, le droit des obligations, d'une part, le droit des contrats, d'autre part »³². Dans cette optique la théorie générale représente plus qu'un simple droit commun : il s'agit de véritables systèmes doctrinaux du contrat assez largement extérieur au droit positif et déterminé pour partie par des conceptions relatives au droit et à la science du droit. La différence grammaticale, emploi du singulier et du pluriel, illustre bien la différence de nature entre les deux concepts. Pour l'auteur, si la théorie générale devait se confondre avec le droit commun, se serait, à la limite, avec la « forme savante » du droit commun « dont les matériaux ne viennent pas seulement du droit positif et qui transforme la production des sources du droit »³³. D'autre part, l'expression « droit des contrats spéciaux » est, elle aussi fort ambiguë, voire même trompeuse. Elle semble signifier que ce droit s'applique à des contrats particuliers, dérogeant au droit commun. Or, « il n'existe pas de contrat général » et « tous les contrats sont spéciaux »³⁴. Les contrats spéciaux constituent les différentes espèces du genre d'actes juridiques que représente le contrat. Il semblerait donc plus juste de remplacer la notion de « droit des contrats spéciaux » par celle de « droit spécial des contrats », à l'instar du droit pénal³⁵, matière où l'on distingue entre le droit pénal général qui s'applique à toutes les infractions et le droit pénal spécial qui régit certaines infractions spécifiques. Pourtant, le droit communautaire intervient dans certains cas directement sur les contrats spéciaux eux-mêmes, sans interférer sur les réglementations nationales y relatives : c'est spécifiquement le cas concernant les règlements d'exemption qui entraînent directement une modification du contenu des contrats visés (franchise, distribution exclusive...). Nous utiliserons donc la notion de droit des contrats spéciaux, en pleine conscience de son ambiguïté.

ne fait pas la distinction, même si certains contrats sont soumis à des textes spécifiques (Sale of Goods Act 1979).

31 - SAVAUX (E.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, Paris, 1997, 382 p.

32 - *Ibid*, p. 25.

33 - *Ibid*, p. 77.

34 - GAUTIER (P.-Y.), *Droit civil, Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 13.

35 - *Ibid*, pp. 13-14.

9. L'influence du droit communautaire sur le contrat passe notamment par la politique de concurrence, et plus précisément par l'article 81 du Traité CE et les règlements d'exemption par catégories y relatifs. Il convient de préciser qu'employant des notions plus économiques que juridiques³⁶ qui saisissent toutes les formes sous lesquelles peut se manifester la volonté d'agir en commun³⁷, ces différentes dispositions visent, au premier chef, les contrats au sens du droit civil français. Parmi les termes employés, la notion « d'accord », plus étendue que celle de contrat, permet cependant de recouvrir cette dernière. C'est à ce titre que les dispositions du droit communautaire de la concurrence entrent directement dans le cadre de notre étude.

10. La notion de contrat, particulièrement extensive dépasse le cadre des relations entre particuliers et la présente étude n'a pas l'ambition d'en recouvrir toute la variété. Un contrat peut d'abord être de droit privé ou de droit public lorsqu'il comporte des clauses exorbitantes du droit commun ou qu'il a pour objet l'exécution d'un service public³⁸. L'étude des contrats administratifs est trop complexe et trop spécifique pour être menée dans le cadre de celle du droit des contrats. Par ailleurs, quelle que soit l'influence manifeste qu'exerce le droit communautaire sur ce secteur³⁹, l'intérêt du présent sujet réside dans l'intervention du législateur communautaire dans la sphère purement privée. Par ailleurs, certaines catégories de contrats privés ne peuvent entrer dans le cadre de la présente étude. Le contrat de travail⁴⁰ présente un particularisme si marqué qu'il échappe quasiment totalement au droit commun des contrats, nous prenons acte de cette spécificité de la relation contractuelle de travail en ne la traitant pas dans le cadre de cette étude. Il en va de même pour le contrat de société, à propos duquel la doctrine française se demande « si c'est encore un contrat » puisque la société, en France peut, dans les cas prévus par la

36 - POILLOT-PERUZZETTO (S.) LUBY (M.), *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Dalloz, Paris, 1998, p. 226.

37 - L'article 81 du Traité CE évoque en effet « tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres [...] ». Les règlements d'exemption par catégories, dans le même sens, se déclarent applicables à différents types « d'accords ».

38 - En vertu de la loi 2001-1168 du 11 décembre 2001, portant différentes mesures urgentes à caractère économique et financier, dite « loi MURCEF », les marchés publics passés en application du Code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs. *JORF*, 12/12/2001, p. 19703.

39 - TERNEYRE (P.), L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs, *AJDA*, 1996, n°6, pp. 84-91.

40 - « Contrats par lesquels une personne place sa force de travail sous l'autorité d'une autre, moyennant le versement d'un salaire » : CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 218.

loi, être instituée par l'acte de volonté d'une seule personne⁴¹. Notons que ces restrictions sont largement admises par les institutions communautaires⁴². Ces précisions faites, il est possible d'affirmer que la notion de contrat retenue dans cette étude correspond à l'expression de « contrats civils et commerciaux », traditionnellement retenue par les spécialistes français de la matière⁴³.

11. Gardant à l'esprit la Pensée de Pascal, selon laquelle « Les mots diversement rangés font un divers sens et les sens diversement rangés font différents effets »⁴⁴, il convient de préciser que la notion de droit communautaire des contrats ne peut être assimilée à celle de « droit des contrats communautaires ». Cette dernière expression désigne les règles de droit d'origine communautaire ayant vocation à s'appliquer à des contrats exclusivement transfrontières. Ces règles, si elles ne peuvent être totalement ignorées, ne doivent pas pour autant constituer le fond de notre étude. Méthode de coordination des droits par défaut, le droit international privé européen ne saurait, dans le même esprit, faire l'objet de développements spécifiques, puisqu'il ne relève pas de l'action communautaire sur le contenu matériel des règles applicables aux contrats.

12. Dans quelle mesure le droit communautaire, gouverné par la logique du marché, est-il susceptible de donner naissance à un corps de règles cohérent gouvernant les relations contractuelles entre particuliers ? Telle peut être résumée la problématique générale de la présente étude, qui suppose, comme toute entreprise d'analyse, la décomposition en leurs éléments essentiels, des règles susceptibles de former le droit communautaire des contrats, afin d'en saisir les rapports et de donner un schéma d'ensemble.

41 - Voir : JESTAZ (P.) L'évolution contemporaine du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945, in : *L'évolution contemporaine du droit des contrats, journées R. Savatier*, PUF, 1986, p. 117. Le professeur Huet estime qu'il convient d'écarter la société de l'étude des contrats spéciaux car « elle relève désormais d'une problématique différente » en précisant que « cela se justifie d'autant mieux que la société est plus qu'un contrat car elle constitue, avant tout, l'acte de création d'une personne morale » : HUET (J.), *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., p. 3.

42 - Pour exemple : considérant n°10 de la directive sur les clauses abusives : « Sont notamment exclus de la présente directive les contrats de travail, les contrats relatifs aux droits successifs, les contrats relatifs au statut familial ainsi que les contrats relatifs à la constitution et aux statuts des sociétés ».

43 - BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, Paris, 5^{ème} éd, 2001, 651 p. COLLART-DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Paris, 5^{ème} éd, 2001, 914 p. GAUTIER (P.-Y.), *Cours de droit civil – t. VIII, Les contrats spéciaux – Civils et commerciaux*, sous la dir. de MALAURIE (P.) AYNES (L.), Cujas, Paris, 14^{ème} éd, 2001, 757 p.

44 - PASCAL, *Pensées*, éditions de P. Sellier, classiques Garnier, Paris, 1991, p. 938.

13. Dans cette première étape de « décomposition » de l'acquis communautaire, il convient de se limiter aux textes exerçant une influence significative sur le domaine concerné. Certains textes communautaires ont trop peu d'incidence sur la relation contractuelle au sens strict pour justifier une analyse dans le cadre de notre étude ⁴⁵. On pense ici aux directives offrant une meilleure information au consommateur face à la publicité ⁴⁶, aux prix et à l'étiquetage des produits ⁴⁷, ou encadrant leur accès à la justice ⁴⁸. On pense aussi à la directive relative à la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales ⁴⁹, dont quelques rares dispositions se révèlent importantes au regard de la relation contractuelle, celles relatives au régime des intérêts pour retard de paiement et à la possibilité d'instaurer une clause de réserve de propriété jusqu'au paiement intégral. Mais on pense surtout à la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux ⁵⁰ qui a, sans aucun doute, une influence sur le contenu du contrat, mais qui, ignorant la distinction entre responsabilité contractuelle et délictuelle ⁵¹, déborde largement du cadre du contrat proprement dit.

14. Comment aborder l'étude d'un domaine juridique sous influence communautaire à l'aide de concepts qui ne le sont pas ? Telle est vraisemblablement la principale difficulté de cette étude. Le moyen de passer outre cet obstacle est d'utiliser pour l'analyse le prisme des concepts et catégories connus en droit interne. Or, la diversité juridique de l'Union est réelle et oblige à choisir un système juridique qui servira de référentiel et de fournisseur d'outils d'analyse. Celui-ci ne peut être que le système français. Deux raisons président à ce choix. Admettons d'abord qu'il est difficile pour un juriste français de faire abstraction

45 - Certains auteurs ont pourtant légitimement pu inclure ces dispositions dans une étude relative au droit des contrats, conçue de façon extensive: HUET (J.), *Les sources communautaires du droit des contrats*, *op. cit.*, pp. 8-13.

46 - Directives relatives à la publicité trompeuse (Directive 84/450 du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse, *JOCE* n° L-250 du 19/09/1984, p. 17) et comparative (Directive 97/55 du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, *JOCE* n° L-290 du 23/10/1997 p. 18).

47 - Directive 98/6 du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998, relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, *JOCE* du 18/03/1998, n° L-80, p. 27.

48 - Résolution du Conseil du 25 juin 1987 sur l'accès des consommateurs à la justice, *JOCE*, n° C-176, du 04/07/1987, p. 2.

49 - Directive 2000/35, du 29 juin 2000, relative à la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales, *JOCE* du 08/08/2000, n° L-200, pp. 35-38.

50 - Directive 85/374, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *JOCE* du 07/08/1985, n° L-210, pp. 29-33.

de son propre cadre de référence. Ensuite, le droit français des contrats est fortement empreint de l'ancêtre commun de la plupart des systèmes juridiques européens qu'est le droit romain. Ce choix ne suppose pas d'étudier l'influence de l'intégration communautaire sur le seul droit français des contrats. C'est une chose de se servir d'un système comme d'un référentiel servant à mener une démonstration, c'en est une autre de limiter l'étude à celle du système de référence⁵². Référentiel principal, le droit français ne saurait être le seul système étudié : une approche comparatiste se révèle indispensable à toute étude portant sur un domaine non uniformisé.

15. Avec le droit français comme référentiel, nous utiliserons les notions de droit commun et de droit spécial des contrats gouvernant, comme indiqué, le système français comme la plupart des systèmes nationaux. Ce faisant, nous devons constater les difficultés que rencontre la construction d'un droit commun des contrats à l'échelle communautaire ainsi que les incohérences propres aux –nombreuses- règles spéciales. De ce point de vue, il semble que les diverses dispositions communautaires intervenant en matière contractuelle relèvent davantage du « puzzle » que d'un tout cohérent et ordonné. Ceci nous conduira à évoquer les avantages que laisse entrevoir la perspective de l'adoption d'un Code des contrats au plan communautaire. L'approche positiviste obligera pourtant à formuler le constat, plutôt négatif, des faiblesses du droit communautaire des contrats (Première Partie).

16. La spécificité de l'ordre juridique communautaire commande pourtant de ne pas s'en tenir aux méthodes d'analyse qui auraient présidé à l'étude du droit national dans la même matière. Cette analyse ne saurait correspondre exclusivement aux concepts et méthodes du droit national. C'est pourquoi, aussi pertinente qu'elle puisse être en droit français, la distinction classique entre droit commun et droit spécial des contrats, ne saurait être retenue comme axe majeur de la présente étude. Seule une analyse à la fois plus poussée et plus pragmatique permettra de mettre en lumière l'essence de l'intégration européenne en matière contractuelle. Si le droit français des contrats, parti de l'unité presque absolue,

51 - HUET (J.), Responsabilité du fait des produits défectueux – Objectifs, portée et mise en œuvre de la directive 85/374, *JCL Eur.*, Fasc. 2020, p. 9.

52 - D'autant que l'étude de l'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats a déjà été menée à plusieurs reprises : ZOIA (M.), *L'incidence du droit communautaire sur les contrats spéciaux*, Thèse, Toulouse, 1999, 580 p. ; AUBRY (H.), *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, Thèse, Paris IX, 2000, 463 p.

s'est peu à peu préoccupé de la qualité des contractants, dans le but se conformer aux réalités économiques, le droit communautaire, puisant sa source dans le droit de la consommation et de la concurrence, s'est tout de suite concentré sur la partie présumée faible à la relation contractuelle. C'est le développement du marché intérieur, objectif principal de l'intégration communautaire, qui a orienté l'action communautaire dans cette direction. A l'inverse du droit français, le droit communautaire a commencé par accorder des droits à des catégories spécifiques de cocontractants, le profane et le professionnel, respectant ainsi sa vocation à unir les hommes avant les États ; Jean Monnet affirmait en effet à propos de la construction européenne : « Nous ne coalisons pas les États, nous unissons les hommes ». Même si une évolution est envisageable - et sera envisagée - concernant la nature de l'intervention communautaire en matière contractuelle, il y a fort à parier que la protection des contractants en restera un élément marquant. L'analyse matérielle des dispositions communautaires établira que les droits accordés au profane et au professionnel présentent une cohérence réelle, permettant de croire en la constitution d'un socle solide pour le droit communautaire des contrats. Aux faiblesses du droit des contrats pourra donc être opposée la force des droits des contractants (Deuxième Partie).

PREMIÈRE PARTIE

LES FAIBLESSES DU DROIT DES CONTRATS

17. L'étude de l'emprise du droit communautaire sur le droit applicable aux contrats peut difficilement passer outre la distinction entre droit commun et droit spécial des contrats. La *summa divisio* du droit français des contrats reçoit une consécration à la fois légale et doctrinale. Encore aujourd'hui, l'enseignement du droit des contrats dans les universités françaises correspond parfaitement à cette opposition et les manuels consacrés au droit des contrats n'échappent pas non plus à cette présentation académique⁵³. Cette distinction mérite toutefois d'être relativisée. Jusqu'à la première moitié du vingtième siècle, l'essentiel du droit des contrats relevait de la théorie générale. Mais à cette époque, les règles spéciales se sont considérablement développées au détriment de la théorie générale. La majorité de la doctrine reconnaît la prépondérance prise par le droit des contrats spéciaux sur le droit commun des contrats. Certains constatent « un débordement de la théorie générale par un mouvement législatif de droit spécial »⁵⁴. D'autres constatent que le droit des contrats spéciaux s'étend au détriment de la théorie générale ou encore que « la théorie générale risque un jour de tourner à vide tandis que, de leur côté, les contrats spéciaux relèveraient, chacun pour ce qui les concerne, d'une sorte de technologie primaire »⁵⁵. « Le droit commun n'est plus qu'un droit résiduel appelé à n'intervenir que dans les interstices laissés à l'air libre et échappant à l'emprise d'une réglementation de plus en plus touffue »⁵⁶. Cependant il convient de noter, à l'instar du professeur Le Tourneau que le « droit spécial nourrit plus que jamais le droit général des contrats (la théorie générale). Il enrichit (plus qu'il ne détruit) la théorie générale par de nombreux apports originaux, qui l'infléchissent ou le modifient de façon, selon les cas, insensible, insidieuse ou éclatante »⁵⁷. C'est un fait, le droit commun se spécialise et le droit spécial se généralise⁵⁸. Or le droit communautaire contribue largement à l'accentuation de cette tendance et il lui est régulièrement reproché d'accentuer « ce mouvement de sectorisation, de parcellisation, d'éclatement des disciplines qui débouche sur la formation de blocs de

⁵³ - A titre d'illustration : ANTONMATTEI (P.-H.) RAYNARD (J.), *Droit civil - Contrats spéciaux*, Litec, Paris, 3^{ème} éd., 2002, 540 p. GAUTIER (P.-Y.), *Contrats spéciaux*, sous la dir. de MALAURIE (P.) et AYNES (L.), Cujas, Paris, 2001, 757 p.; HUET (J.), *Traité de droit civil - Les principaux contrats spéciaux*, sous la dir. de GHESTIN (J.), LGDJ, Paris, 2^{ème} éd., 2001. MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, Paris, 2^{ème} éd., 2000, 388 p.

⁵⁴ - CORNU (G.), Regards sur le titre III du Livre III du Code civil, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, (essai de lecture d'un titre du Code), Les cours de droit, Paris, 1976, p. 20, n° 29.

⁵⁵ - JESTAZ (P.), L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945, in : *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 135.

⁵⁶ - *Ibid*, p. 117.

⁵⁷ - LE TOURNEAU (P.), Quelques aspects de l'évolution des contrats, in : *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 351.

⁵⁸ - COLLARD-DUTILLEUL (F.) DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Paris, 5^{ème} éd., 2001, pp. 8-9.

normes qui ne sont plus conçus comme des parties d'un tout, mais comme des ensembles (ou des sous-ensembles) autonomes sans liens les uns avec les autres »⁵⁹. Il faut par ailleurs garder à l'esprit que les droits des autres Etats membres n'accordent pas la même place à cette distinction⁶⁰.

18. L'influence du droit communautaire sur le droit applicable aux contrats est indéniable, mais l'objet de cette étude est de déterminer s'il existe aujourd'hui un « droit communautaire des contrats ». Tout en gardant à l'esprit la relativité de la distinction, nous opposerons donc très traditionnellement droit commun et droit spécial des contrats. Il faudra dans premier temps, rechercher s'il apparaît un corps de règles applicables à tous les contrats (formation, consentement, exécution, responsabilité) assez fort pour mériter la dénomination de droit commun ; et, dans un second temps, d'évaluer la cohérence des règles spéciales d'origine communautaire. Or nous constaterons, d'abord le manque de fondement, de profondeur, en un mot l'inconsistance du droit commun des contrats (Titre 1). Ensuite, analysant l'étendue du domaine des règles spéciales, la méthode utilisée, nous serons forcés de conclure aux incohérences du droit spécial (Titre 2).

TITRE I

⁵⁹ - OPPETIT (B.), Droit commun et droit européen, in : *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, p. 314.

⁶⁰ - Le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) allemand connaît la distinction, mais n'en a pas fait le fondement de ses dispositions. Le droit anglais quant à lui ne fait pas la distinction, même si certains contrats sont soumis à des textes spécifiques (*Sale of good Act* 1979).

L'INCONSISTANCE DU Droit commun

19. L'essence du droit commun des contrats réside dans le support qu'il offre à l'ensemble des règles spéciales régissant les différents contrats. Sans ce support, les règles spéciales manquent d'unité et sont dépourvues de sens. Le constat est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit d'harmoniser le droit des différents Etats. La multiplication des règles spéciales en matière de contrat peut se révéler être un facteur de « désharmonisation »⁶¹ si elle ne prend pas sa source dans un cadre plus général. Mais l'argument essentiel avancé pour justifier la nécessité d'un droit commun du contrat, au plan communautaire, est ailleurs. Les différences entre les droits des contrats des différents Etats membres sont susceptibles de fausser la concurrence entre les Etats membres et d'entraver le commerce intra-communautaire. Dans cette conception - que tous les auteurs ne partagent pas⁶² - l'élimination des frontières, nécessaire pour l'épanouissement du marché commun, comprend aussi l'élimination des frontières de droit. La confiance dans la force obligatoire des dispositions contractuelles et dans la possibilité de faire exécuter celles-ci est la raison qui pousse les opérateurs économiques à conclure des contrats. Il ne fait, dès lors, aucun doute que le droit des contrats est l'un des éléments constitutifs de la réalisation du marché intérieur. Si la Communauté peut difficilement réduire les incertitudes des opérateurs économiques liées à la diversité linguistique et culturelle de la Communauté, elle peut néanmoins renforcer la confiance des opérateurs envers le commerce transfrontière en établissant des règles communes en matière de contrats. La réalité de l'influence de la diversité juridique sur le fonctionnement du marché commun a justifié l'adoption de nombreuses directives sectorielles, elle fonde *a fortiori* l'élaboration d'un droit commun contractuel.

20. L'étude du droit positif établira que les éléments nécessaires, pour affirmer l'existence d'un droit commun des contrats sur le plan communautaire, n'existent pas à l'heure actuelle. Le caractère sectoriel et incomplet des règles qui pourraient s'apparenter à un droit commun, obligent à en constater l'inexistence. Plusieurs projets ont pourtant été

⁶¹ - VAN GERVEN (W.), L'harmonisation du droit des contrats en Europe – Rapport introductif, *in* : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, sous la dir. de JAMIN (C.) MAZEAUD (D.), Economica, Paris, p. 4.

⁶² - JAMIN (C.), Un droit européen des contrats ?, *in* : *Le droit privé européen*, Actes du colloque de Reims des 30 janvier et 1^{er} février 1997, sous la dir. de DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), Economica, Paris, 1998, pp. 52-54.

élaborés dans le sens de la constitution d'un droit commun européen du contrat ⁶³. Le projet le plus abouti est constitué d'un ensemble de principes dénommés « Principes du droit européen du contrat » ⁶⁴ rédigés par la Commission Lando. Cette tentative n'est qu'une construction théorique privée qui ne se situe pas dans le cadre communautaire et n'a actuellement aucune valeur obligatoire. Elle ne peut donc être envisagée que comme un modèle pour le droit communautaire. Parce que les racines et l'analyse du contenu matériel de ces principes font ressortir la faisabilité d'un droit commun des contrats au plan communautaire (chapitre 1), leur étude constitue un préalable à celle qui aboutira au constat de l'insuffisance du droit positif communautaire (chapitre 2).

CHAPITRE 1

LA « FAISABILITÉ » D'UN DROIT COMMUN : Le MODÈLE DES PRINCIPES DU DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT

⁶³ - On peut aussi citer le projet de Code des contrats récemment publié par le groupe de Pavie : *European Contract Code ; Preliminary draft*, Università di Pavia, 2001. VON BAR (C.) : Le groupe d'études sur un Code civil européen, *RIDC*, 2001, 1, pp. 127-139.

⁶³ - TALLON (D.), Vers un droit européen du contrat, *in : Mélanges Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 485.

⁶⁴ - Nous les dénommerons parfois, *brevitatis causa*, "Principes Lando" ou encore "Principes".

21. L'idée d'un droit commun du contrat est aujourd'hui particulièrement présente dans l'esprit des juristes européens. Tel n'a pas toujours été le cas. Cette évolution est en grande partie le fait de la doctrine, et en particulier à l'action d'un groupe de spécialistes ayant élaboré les principes européens du droit du contrat. Le postulat qui a servi de point de départ à l'élaboration de ce texte n'est pas très éloigné de l'essence du *jus commune* romain. Celui-ci reposait sur l'idée que les règles de droit forment un *corpus* et que « seule l'insertion d'une règle dans la totalité ainsi constituée lui confère une valeur opératoire, apte à en autoriser l'interprétation et la mise en œuvre »⁶⁵. Les rédacteurs des Principes ont compris toute la nécessité « d'une infrastructure communautaire au droit du contrat pour servir de fondement aux règles communautaires qui gouvernent des espèces spécifiques de contrat, en augmentation constante »⁶⁶. Les Principes ont été rédigés par un groupe d'experts animé par Olé Lando, composé principalement de professeurs d'université, bénévoles et indépendants, tous spécialisés en droit civil et provenant de tous les pays européens. C'est ainsi que lors de l'étude des Principes l'on ressent fortement l'inspiration des différents droits des Etats membres des Communautés européennes, sans pour autant que l'on puisse affirmer que l'un d'entre-eux a été le point de départ unique du texte. Le texte a été présenté comme ayant vocation à remplacer les différents droits nationaux en matière contractuelle. Cet ensemble de principes, par ses origines et son contenu, se rapproche de ce que pourrait être le droit commun du contrat au plan communautaire, on a même pu affirmer qu'ils sont « adossés au droit communautaire »⁶⁷. Il convient donc d'examiner l'adoption des principes européens de droit du contrat (Section 1), même si leur source exclusivement doctrinale en fait un texte à valeur seulement exemplaire (Section 2).

Section 1

L'ADOPTION DES PRINCIPES EUROPÉENS DU DROIT DU CONTRAT

22. L'étude des origines des principes (§1) ainsi que celle de son objet (§2) font ressortir qu'il s'agit réellement de constituer un droit commun du contrat applicable à l'Union européenne ce qui leur donne un écho certain auprès des juristes européens. Mais ce qui atteste que, malgré des difficultés réelles tenant tant à la diversité des droits nationaux qu'à

⁶⁵ - OPPETIT (B.), *Droit commun et droit européen*, *op.cit.*, p. 313.

⁶⁶ - *Les Principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, version française par DE LAMBERTERIE (I.), ROUHETTE (G.), TALLON (D.), La documentation Française, Paris, p. 15.

⁶⁷ - TALLON (D.), *Les travaux de la Commission Lando*, in : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, *op.cit.*, p. 121.

la dualité des idéaux, l'élaboration d'un tel corps de règles est envisageable, c'est aussi le contenu matériel de ces principes européens du droit du contrat (§3)

§1 – LES ORIGINES DES PRINCIPES

23. Les principes Lando ont un modèle initial, *jus commune* romain (I), et plusieurs modèles contemporains (II) constitués de plusieurs projets d'unification du droit privé.

I - Le modèle initial : le *jus commune* romain

24. L'Empire romain est l'ancêtre commun de tous les Etats européens. Un droit commun, le *jus commune* s'est développé dans cet « Etat pluriethnique qui a duré plusieurs siècles en conciliant diversité et universalité »⁶⁸. En cela, le droit romain constitue, sans nul doute, le modèle ancestral des principes, non pas pour le contenu matériel des règles existantes en matière contractuelle mais pour la méthode employée. Certes, beaucoup de concepts utilisés en droit des contrats dans les différents Etats membres peuvent revendiquer une origine romaine. C'est le cas évidemment du terme de contrat dont toutes les traductions européennes trahissent l'influence romaine. Les exemples, qui pourraient être répétés à l'infini, ne serviraient pas à identifier correctement l'apport du droit romain aux principes du droit européen du contrat ; en effet cet apport est d'ordre méthodologique plus que terminologique. Les romains ont, dès l'origine, choisi la voie du pluralisme et ce, notamment en matière juridique. Ce choix constitue sans doute la raison principale de la longévité de L'empire qu'ils ont édifié. Le pluralisme romain se manifestait dans tous les domaines : géographique d'abord, mais aussi ethnique, religieux et culturel. Rome, contrairement à l'image véhiculée, ne fut pas impérialiste : chaque peuple a pu conserver ses dieux, sa langue et ses droits locaux. Ainsi le système des poids et mesures n'était pas identique d'une région à l'autre. Les langues telles que le punique, le berbère, l'ibère, le syriaque, l'hébreu, coexistaient malgré un bilinguisme officiel⁶⁹. Mieux encore, à côté de la monnaie officielle frappée dans les ateliers de Rome, circulaient des monnaies provinciales, dont l'équivalence était réglementée.

⁶⁸ - MOATTI (C.), L'expérience romaine, in : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe, op. cit.* , p. 11.

⁶⁹ - Le grec et le latin étaient les deux langues de l'Empire, il existait même une double chancellerie à Rome : voir : SARTRE (M.), L'Empire romain comme modèle, *Commentaire*, 1992, n°57, p. 31.

25. Avant l'Edit de 212, on distingue les habitants qui ont reçu la citoyenneté romaine et les autres, les pérégrins, soumis aux droits locaux. A cette époque le droit local est applicable dans toutes les affaires privées. Mais il existe une sorte d'ordre public romain, applicable à tous, ainsi qu'un ensemble de textes d'origine provinciale servant à régir la circulation des personnes, la vie collective. Il y avait donc superposition entre les droits locaux, considérés comme des règles juridiques n'ayant pas valeur législative⁷⁰, et la législation romaine obligatoire. Cicéron⁷¹ résume bien cette dualité : selon lui il existait pour chaque nouveau citoyen deux patries ; l'une de droit, la citoyenneté romaine, l'autre de nature qui exprimait la diversité de l'empire. L'édit de Caracalla, en 212, attribue la citoyenneté romaine à tous les habitants libres de l'Empire, pour des raisons politiques, sociales et surtout fiscales. Cela n'a pas entraîné l'unification des droits, chacun est resté soumis à ses obligations antérieures ; d'autres, s'y sont simplement ajoutées. La citoyenneté locale définissait encore l'origine des sujets en même temps que son statut juridique. La « citoyenneté », dissociable par essence de l'origine ethnique, géographique, linguistique, a permis de faire l'unité entre ces hommes d'origines, de cultures différentes.

26. Le droit romain qui s'appliquait à tous les citoyens romains sans être imposé aux nouveaux sujets, peut donc être désigné comme un ordre juridique qui s'est superposé, sans les détruire, aux diverses histoires de chacun. C'était une façon de situer la « romanité » du côté de l'abstraction, de celui de la forme, le *jus commune* exprimant des valeurs de civilisation. Ainsi ont coexisté pendant près de trois siècles, le droit grec, le droit juif ainsi que différents droits locaux dont on a oublié le nom, et ce pluralisme juridique ne semble pas avoir rencontré de problème insurmontable. C'est ce qui a permis aux spécialistes de déclarer que l'empire romain a « trouvé ailleurs que dans l'uniformisation le ferment de son unité »⁷². Notons, quand même, que les distances étant immenses et les populations d'une extrême diversité, le pluralisme romain était une vraie nécessité, d'autant que l'administration romaine était, de l'avis des spécialistes, d'une relative faiblesse quantitative. Comme le souligne le professeur Oppetit le « *jus commune* correspondait non pas tant à un ensemble de règles de droit matériel qu'à une manière commune d'appréhender les problèmes, susceptible de féconder les solutions législatives et coutumières et d'en assurer la cohérence »⁷³. Encore célébré à l'époque contemporaine⁷⁴, le modèle romain est caractérisé par l'absence d'uniformisation, par « l'enchevêtrement

⁷⁰ - GAUDEMET (J.), La loi et la coutume à Rome, in : *Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé à l'Université de Paris XIII*, VI^{ème} congrès de droit comparé, Hambourg, 1969, p. 52. Pour plus de détails : GAUDEMET (J.), *Droit privé romain*, Montchrestien, Domat, Paris, 2^{ème} éd., 2000, 429 p.

⁷¹ - CICERON, *De legibus*, II, 2, 5.

⁷² - MOATTI (C.), L'expérience romaine, *op. cit.*, p. 11.

⁷³ - OPPETIT (B.), Droit commun et droit européen, *op. cit.*, p. 312.

⁷⁴ - Voir par exemple le bel hommage qui lui est rendu par le professeur Philippe Malaurie en 2000. MALAURIE (P.), Droit romain des obligations. Droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui, *JCP*, 19 juillet 2000, n°29, pp. 1415-1421.

des droits »⁷⁵. Le *jus commune* romain s'est fondé sur une méthodologie, un raisonnement qui constitue le modèle idéal pour les rédacteurs des principes du droit européen du contrat. Cependant, étant idéal, le modèle romain est un modèle purement théorique qu'il convient de relativiser : deux systèmes qui ont vingt et un siècles d'écart sont difficilement comparables. Plusieurs expériences d'élaboration d'un droit commun des contrats ont vu le jour à l'époque contemporaine. Ces expériences constituent des modèles pratiques réels pour les principes rédigés par la Commission Lando.

II - Les modèles contemporains

27. Qu'elles soient de dimension régionale (A) ou internationale (B), les différentes expériences menées en vue de l'harmonisation du droit commun des contrats, représentent des modèles pratiques dont se sont largement inspirés les rédacteurs des principes européens de droit des contrats.

A - Au plan régional

28. Dans un Etat fédéral aussi vaste que les Etats-Unis d'Amérique, il existe une certaine harmonisation du droit des contrats. Réalisée au début du XX^{ème} siècle par un organisme privé, l'*American Law Institute*, l'œuvre de codification juridique américaine que l'on évoque sous la dénomination de *Restatement* vise à exposer de façon systématique la jurisprudence, avec l'ajout de notes de la doctrine la plus remarquable. Les *Restatements* sont des compilations méthodiques, sortes de digests sous forme d'articles, de la jurisprudence dans des domaines particuliers de la *Common Law*. Cette codification, non institutionnelle, concerne des domaines divers dont le droit des contrats. Les *Restatements of the Law of Contract* sont dépourvus de toute force obligatoire mais tirent leur autorité de leur valeur intrinsèque ainsi que du prestige de leur rapporteur principal. Les juges américains ont recours à cette source secondaire de droit afin de trouver des solutions acceptables aux litiges qui leur sont soumis. Mais les *Restatements* permettent surtout aux juristes de connaître le droit applicable dans les différents Etats américains.

29. Le droit américain des contrats a aussi fait l'objet d'une codification indirecte par le biais du droit commercial. Le Code de commerce uniforme, *Uniform Commercial Code*, connu familièrement comme le *UCC*, expose les règles fondamentales du droit commercial

⁷⁵ - SARTRE (M.), L'Empire romain comme modèle, *op. cit.*, p. 29.

américain. Ce code comprend tout le droit des obligations et des contrats, le terme de droit des obligations n'ayant pas de sens pour un juriste américain. Ainsi sont réglementées les règles relatives à la formation, à l'exécution des contrats commerciaux. Aujourd'hui tous les Etats américains, y compris la Louisiane⁷⁶, ont adopté le *Uniform commercial code*, l'adhésion ayant été faite par les Etats eux-mêmes indépendamment du Congrès américain. On voit comment, à partir d'un objectif initialement mercantile, un ensemble d'Etats au droit substantiel assez varié est parvenu à une harmonisation utile.

30. Il sera facilement objecté à cet exemple que si les *Restatements* ont acquis une autorité aux Etats-Unis c'est grâce à l'existence d'une certaine unité juridique dans ce pays, et que cette unité ne saurait se retrouver parmi les Etats membres de l'Union européenne. Cette objection est à nuancer. Les spécialistes du droit des Etats-Unis affirment volontiers que ceux-ci ne sont pas si éloignés de la situation européenne et même de celle, chaotique, que connaissait l'Ancien droit français, qui selon Voltaire, avait tendance à varier à chaque fois que l'on changeait de cheval⁷⁷. Selon le professeur Reinhard Zimmermann⁷⁸, les différences de contenu du droit varient considérablement d'un Etat à l'autre et un avocat renommé dans un Etat donné ne connaîtrait parfaitement rien au droit d'un autre Etat. Les Etats-Unis ont une culture et une grammaire juridique commune, et sans ce noyau dur, les juristes auraient réellement du mal à communiquer entre eux. L'histoire de ce continent explique en grande partie l'existence de cette grammaire juridique commune. Mais si les Etats-Unis jouissent d'une réelle unité que le territoire communautaire ignore, cette unité est d'ordre linguistique. Le vocabulaire courant comme le langage juridique est unifié à l'intérieur de chacun des Etats fédérés. Dès lors, nonobstant la diversité substantielle qui peut exister dans les différents Etats fédérés, il existe une base solide à la compréhension et donc à l'harmonisation des textes réglementant les relations contractuelles. Sur le territoire européen la coexistence de plusieurs systèmes linguistiques, fondamentalement différents, rend difficile l'application de la méthode américaine. Pour autant la méthode utilisée afin de préparer l'harmonisation du droit de différents Etats, laissant un grand rôle à la doctrine et aux solutions pratiques, constitue un apport essentiel du modèle américain aux principes européens du droit des contrats.

⁷⁶ - En effet la Louisiane, dont le droit privé s'inspire fortement du Code civil français, n'a adopté qu'une partie du Code, les articles 2 et 6 n'ont pas été adoptés par cet Etat, même si ces dispositions ont fortement influencé le droit applicable dans cet Etat.

⁷⁷ - En ce sens voir notamment : HERMAN (S.), L'expérience des Etats-Unis d'Amérique – Concurrence au pays des micro-brasseries : la gestion des transactions pluri-étatiques aux Etats-Unis, in : *Le droit privé européen*, op. cit. , pp. 150-163.

⁷⁸ - ZIMMERMANN (R.), Civil Code and Civil Law – The « Europeanization » of Private Law Within the European Community and the Re-emergence of European Legal Science, *Columbia journal of European Law*, 1995, n° 63, pp. 82-84.

31. Le projet franco-italien de Code bilatéral des obligations mérite d'être cité, malgré son échec. Tout d'abord en raison de son caractère précoce : dès 1927, les deux Etats ont décidé d'harmoniser de manière bilatérale leur droit des obligations. La nécessité pour des pays frontaliers d'offrir à leurs opérateurs économiques un cadre unique pour leurs relations contractuelles, n'a donc pas attendu le droit communautaire pour se faire jour et donner naissance à des tentatives d'harmonisation. Ensuite, même si ce projet est demeuré inadopté, il a quand même inspiré certaines réformes législatives, par l'intermédiaire des réactions doctrinales importantes qu'il a eu le mérite de susciter⁷⁹. Pour cette raison au moins, le projet bilatéral doit être considéré comme une origine importante des travaux de la Commission Lando.

B – Au plan international

32. Le premier des modèles à citer pourrait être la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, approuvée à Vienne le 11 avril 1980⁸⁰. Plusieurs éléments plaident en ce sens. Tout d'abord, ce texte signé par tous les Etats membres sauf le Royaume-Uni, le Portugal et l'Irlande, constitue l'instrument le plus important en matière d'harmonisation du droit matériel au plan international, donnant la préférence à la méthode du droit matériel uniforme au détriment des règles de conflits. L'objectif du texte ensuite -l'élimination des obstacles aux échanges internationaux afin de favoriser le développement du commerce international- se rapproche de celui des principes Lando. On peut ajouter que le contrat de vente est le contrat le plus courant et que les règles le régissant dans les différents droits nationaux s'apparentent à celle du droit commun des contrats. Il n'en reste pas moins que le contrat de vente est un contrat spécial, c'est-à-dire un contrat soumis à des règles qui lui sont spécifiques. Ainsi, même s'il s'agit du plus général des contrats spéciaux, toutes les dispositions lui étant applicables ne concernent pas l'ensemble des autres contrats. Ainsi en va-t-il, par exemple, des règles relatives au transfert des risques qui ne sont pas transposables à toutes les autres catégories de contrat. Par ailleurs, la Convention de Vienne ne vise pas la vente en général mais exclusivement la vente internationale de marchandises, et sont exclues de son champ d'application les ventes de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, c'est-à-dire un pan important de ce que doit viser le droit commun

⁷⁹ - Voir en ce sens : L'intérêt d'actualité du projet de Code franco-italien des obligations, in : *Travaux de l'association René Capitant*, t. VIII, 1953, pp. 58-116.

⁸⁰ - Le texte de la Convention est reproduit dans : *DPCI*, mars 1981, t. 7, n° 1, pp. 143-167. Pour une analyse de ce texte voir : BONELL (M.J.), La nouvelle Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, *DPCI*, mars 1981, t. 7, n° 1, pp. 7-35. THIEFFRY (J.), Les nouvelles règles de la vente internationale, *DPCI*, 1989, t. 15, n° 3, pp. 369-384.

européen⁸¹. Dès lors, même si les objectifs et les méthodes de travail ont pu être identiques, et si une certaine influence s'est exercée, c'est ailleurs qu'il faut chercher les origines des principes du droit européen du contrat.

33. Les débuts de la codification du droit de la vente internationale remontent à 1929 et sont à attribuer à l'Institut International pour l'Unification du droit privé (Unidroit). C'est dans ce cadre qu'ont été élaborés les « principes relatifs aux contrats du commerce international », qui peuvent véritablement revendiquer une influence sur les travaux de la Commission Lando. Ce texte atteste que l'unification du droit n'est pas la prérogative exclusive des entités étatiques et surtout qu'il y a la place pour l'émergence d'un droit savant. En ce sens, il s'agit du modèle le plus proche des principes du droit européen du contrat. Ils sont couramment dénommés principes Unidroit, du nom de l'organisation qui a présidé à leur rédaction, créée à Rome en 1920 sous l'égide de la Société des Nations et qui a survécu à celle-ci. Adoptés en mai 1994 et rendus publics en 1995, les principes reprennent la technique américaine des *Restatement* : ils se présentent sous la forme d'articles assortis de commentaires. Comme pour la Convention de Vienne c'est l'insuffisance du droit international privé qui a justifié l'appel à la rescousse du droit matériel. Sur ce fondement, les principes se caractérisent comme des règles générales des contrats « analogues dans leur matière et dans leur portée à celle des articles 1101 et suivants du Code civil français »⁸². En effet les nombreux articles de ce texte, cent vingt au total, originellement rédigés en langue anglaise, sont consacrés au droit commun du contrat : le chapitre premier est consacré aux dispositions générales et contient de fait les principes directeurs du droit des contrats, comme celui de la liberté contractuelle, de la bonne foi ou de la force obligatoire. Les chapitres suivants sont très classiquement consacrés à la formation du contrat, à sa validité, ainsi qu'à l'interprétation. Sont ensuite réglementés le contenu, l'exécution et l'inexécution des obligations contractuelles⁸³. La clarté et le caractère complet de ce texte ont suscité l'enthousiasme parmi les auteurs. Le professeur Huet s'exprime en ces termes : « L'enthousiasme peut difficilement ne pas saisir l'esprit à la vue de cette somme d'environ cent vingt articles traitant de l'ensemble du contrat [...] ni Gaius ni Grotius, ni Cambacérès, ni Portalis, ni Karl Lewellyn n'auraient à rougir de se voir attribuer la paternité d'une telle œuvre. »⁸⁴.

⁸¹ - Sont aussi exclues les ventes portant sur les valeurs mobilières et les instruments négociables.

⁸² - Selon la remarque faite par le professeur HUET (J.), Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'Unidroit : une nouvelle *lex mercatoria* ? , *PA*, 10 nov. 1995, n° 135, p. 8.

⁸³ - Pour une étude détaillée des principes Unidroit, Voir : BANNES (F.-M.), L'impact de l'adoption des principes Unidroit 1994 sur l'unification du droit commercial international : réalité ou utopie ?, *RRJ*, 1996, pp. 933-954. FAUVARQUE-COSSON (B.), Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, *RIDC*, 1998, pp. 463-489. HUET (J.), Les contrats internationaux et les nouveaux principes Unidroit : une nouvelle *lex mercatoria* ?, *op. cit.*, pp. 8-11. LARROUMET (C.), La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international, *JCP*, 1997, I, n° 4011.

⁸⁴ - HUET (J.), Les contrats internationaux et les nouveaux principes Unidroit : une nouvelle *lex mercatoria* ?, *op. cit.*, p. 8.

34. La parenté entre les principes internationaux et les principes européens est incontestable. Les travaux des deux groupes ont commencé à peu près au même moment, en 1981. Les deux commissions ont travaillé en parallèle et en parfaite collaboration. Une émulation s'est même créée, facilitée par le fait que cinq membres étaient communs aux deux groupes, dont les deux responsables Messieurs Lando et Bonell. Les principes Unidroit ont simplement abouti plus tôt, c'est-à-dire en 1994. Les similarités de forme et de nature sont évidentes. Les deux textes sont rédigés sous la forme des *Restatements* américains et sont comme eux dépourvus de force obligatoire ainsi que d'un organe chargé de leur application uniforme. L'analogie avec les *Restatements* doit pourtant s'arrêter là : ces derniers puisent leur autorité dans le fait qu'ils se fondent sur des décisions de justice. Les juges américains ne peuvent donc que se reconnaître « dans ces principes qui sont puisés à leurs propres décisions »⁸⁵.

35. Des différences apparaissent aussi entre les principes Unidroit et leurs homologues européens. Les premiers ont une portée universelle, alors que les seconds visent à une application régionale. Le champ d'application *ratione materiae* diffère aussi sensiblement. En effet les principes Unidroit sont uniquement destinés à régir les contrats commerciaux internationaux, c'est-à-dire caractérisés par un élément d'extranéité, alors que les principes européens ont pour vocation de s'appliquer indistinctement à tous les contrats.

36. « Truffés de notions standard et dénués de tout organe juridictionnel assurant leur interprétation uniforme »⁸⁶, les principes Unidroit n'en ont pas moins remporté un réel succès dans la pratique contractuelle internationale. La première enquête menée par le secrétariat d'Unidroit révèle des résultats largement positifs : les principes ont reçu une large diffusion auprès des praticiens et des universitaires⁸⁷. Ils ont été à plusieurs reprises appliqués par des arbitres. Ainsi ce tribunal arbitral qui a jugé que les Principes, eu égard à leur origine et à leur nature, pouvaient être retenus comme loi applicable au contrat alors que les parties s'étaient référées aux *principles of natural justice*⁸⁸. Par ailleurs, les principes ont immédiatement servi de référence pour la rédaction d'instruments internationaux, telle la Convention inter-américaine adoptée en mars 1994, alors que le projet Unidroit était quasiment abouti. Par ailleurs, sans parler de leur application effective en tant que *lex mercatoria*, aujourd'hui les principes servent surtout de guide pour la rédaction des contrats internationaux. Ainsi, ils servent en premier lieu de « *check-list* »

⁸⁵ - *Ibid* p. 10.

⁸⁶ - MAZEAUD (D.), La commission Lando : le point de vue d'un juriste français, *op. cit.*, p. 146.

⁸⁷ - Voir : FAUVARQUE – COSSON (B.), Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, *op.cit.*, p. 466.

⁸⁸ - Voir BONELL (M.J.), *An international Restatement of contract law, the UNIDROIT Principles of international Commercial contracts*, Transnational Publications Inc. Irvington, New-York, 1997, p. 252 et pour les autres sentences arbitrales, p. 244 et s.

aux parties qui à défaut de s'y référer s'y reportent « pour vérifier qu'elles n'ont rien oublié »⁸⁹. Pour les grandes sociétés multinationales, les principes servent de modèle de rédaction de leurs propres contrats standards.

37. Alors que les règles de conflit de lois ont prédominé pendant longtemps, la tendance actuelle est à la préférence vers la méthode de l'unification du droit matériel des contrats. La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, les Principes Unidroit en sont l'illustration. Les règles de conflit de lois sont d'ailleurs considérées comme la « seconde meilleure solution »⁹⁰ au problème de l'unification du droit, la mise en place d'un droit matériel uniforme constituant la première. Le succès des principes Unidroit qui n'est pas contestable, atteste de cette tendance toute contemporaine. Contribuant à l'émergence d'un droit savant en matière contractuelle, ce texte se situe dans la même lignée que les principes Lando.

§2 – L'OBJET DES PRINCIPES

38. L'idée d'harmoniser les règles matérielles du droit des contrats a émergé très tôt dans l'esprit du professeur Lando. En 1974 il convenait déjà de l'insuffisance des règles de conflit pour créer les conditions nécessaires au développement du marché européen. De l'aveu de son instigateur, le projet devait, au départ, aboutir à l'adoption d'un code de commerce uniforme pour l'Europe. La vocation initialement commerciale du projet s'explique aisément : les contrats commerciaux sont ceux qui, par nature, subissent en premier lieu les conséquences de la diversité juridique.

39. La vocation commerciale ne ressort pas du projet final, dont l'intitulé illustre plutôt son caractère général. Cette généralité est réaffirmée dans l'introduction du texte : « les principes ne se limitent pas aux relations commerciales mais ils ont vocation à s'appliquer à tout contrat en général, y compris aux contrats entre professionnels et consommateurs »⁹¹. Que penser dans ces conditions, de la transformation du projet de Code de commerce uniforme à celui d'un droit commun des contrats ? Il ressort de la genèse des travaux de la Commission Lando que l'idée d'un Code de commerce était au

⁸⁹ - En ce sens voir : FAUVARQUE – COSSON (B.), Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, *op.cit.*, p. 485.

⁹⁰ - COVEY (T.), Standardization of Choice of Law Rules for International Contracts : Should there be an New Beginning ?, *AJIL*, 1959, p. 385.

⁹¹ - *Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, version française par DE LAMBERTERIE (I.) ROUHETTE (G.), TALLON (D.), La documentation Française, Paris 293 p. Voir la préface du texte par Olé Lando, version française, p. 19.

départ, quasiment confondue avec celle d'un Code européen des obligations⁹², ce qui illustre que l'objectif d'établir des règles de fond uniformes afin de renforcer le marché communautaire primait de loin la réflexion sur le domaine de ces règles. Mais on doit surtout en déduire que, quel que soit l'intitulé retenu, le texte se situe dans un cadre essentiellement économique. Cela résulte clairement des propos d'introduction du texte. Les rédacteurs ont textuellement assigné aux principes un objectif de promotion du commerce transfrontalier en Europe d'une part⁹³ et de renforcement du Marché unique européen, d'autre part⁹⁴.

40. Une autre remarque peut-être faite concernant l'intitulé retenu. La version française des principes, publiée en 1997, s'intitule « Les principes du droit européen du contrat ». Mais les formulations divergent considérablement dans la doctrine. Le professeur Tallon, pourtant membre de la Commission rédactrice, se plie à l'appellation de « principes européens du droit des contrats » sous l'abréviation de « PEDC ». La différence sémantique traduit, à notre avis, une ambition assez différente. Tout d'abord l'emploi du singulier (principes du droit européen *du contrat*) dans l'intitulé officiel rapproche le texte d'une théorie générale. Ce qui semble corroboré par la genèse et l'exégèse du texte. Le postulat qui sert de base à cette entreprise, la nécessité d'une « infrastructure au droit du contrat pour servir de fondement aux règles communautaire qui gouvernent des espèces spécifiques de contrat, en augmentation constante »⁹⁵ en témoigne. La notion d'infrastructure chapeautant les nombreuses règles spéciales de droit des contrats atteste qu'il s'agit, dès le départ, de rédiger le droit commun européen des contrats. Par ailleurs, dans l'introduction, les rédacteurs emploient précisément le terme de théorie générale concernant l'idée d'une infrastructure aux mesures communautaires spécifiques⁹⁶. Or, on l'a indiqué, la notion de théorie générale du contrat recouvre une réalité particulièrement large et ambitieuse. Le texte aurait pris le nom de principes « faute de mieux » selon les termes même d'un des rédacteurs⁹⁷. Ensuite, l'expression de principes *du droit européen du contrat* laisse supposer qu'il existe un droit européen du contrat dont le texte se contente de stigmatiser les principes. Dans cette optique, le droit européen du contrat préexisterait au texte des Principes lui-même. Alors que parler des *principes européens de droit des contrats*, ne laisse transparaître que l'existence de principes européens que l'on peut appliquer au droit des contrats, la retranscription d'une certaine culture européenne du contrat ; la différence est de taille. Il est intéressant de constater que la doctrine ne s'en tient pas à l'intitulé officiel, à l'évidence plus ambitieux. Ce que l'on a pu constater

⁹² - *Les Principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, p. 5.

⁹³ - *Ibid*, p. 15.

⁹⁴ - *Ibid*, p. 15.

⁹⁵ - *Ibid*, p. 15.

⁹⁶ - *Ibid*, p. 15.

⁹⁷ - TALLON (D.), *Les travaux de la Commission Lando, op. cit.*, p. 120.

concernant l'un des rédacteurs est encore plus vrai pour les observateurs extérieurs. Ainsi on a aussi pu parler des « principes relatifs au droit des contrats européens » sans que l'on sache exactement ce que peut signifier l'expression de « contrat européen ». Cette dernière notion est *a priori* inadaptée car elle suppose que le contrat en question comporte un élément d'extranéité, au même titre que celle de contrat international, ce qui n'est pas du tout l'objectif de la Commission Lando. L'introduction indique expressément : « quoique les principes doivent être surtout utiles pour les transactions internationales au sein de l'Europe, ils ne se limitent pas à ces transactions et peuvent régir aussi des contrats de pur droit interne »⁹⁸. Le flou qui entoure l'intitulé du texte pourrait être interprété comme un manque d'autorité de celui-ci : quel genre de texte peut être à ce point faible que son titre officiel n'est employé par personne, pas même par ses rédacteurs ? Mais ce flou terminologique est avant tout la marque de la modestie de ces derniers et de leur volonté de laisser les praticiens s'approprier le texte qu'ils ont rédigé. Force est de convenir qu'avec un intitulé moins ambitieux (principes européens du droit des contrats au lieu de Principes du droit européen du contrat) le texte sera forcément mieux accepté par les auteurs et les praticiens les plus récalcitrants. Lorsque l'on sait que c'est à eux qu'appartient la tâche de véhiculer le texte et de lui faire acquérir sa valeur, il est plus facile d'accepter les dérives du langage.

41. Le fait est que le texte se présente comme un droit commun des contrats, à défaut de pouvoir employer le terme de théorie générale. En s'inspirant de l'approche retenue par les pays régis par la *Common Law*, les travaux se sont d'abord concentrés sur la question de l'exécution et de l'inexécution du contrat, jugée plus importante car comportant traditionnellement les plus grandes difficultés. La première partie consacrée à l'exécution et à l'inexécution a été publiée en 1995 en version anglaise et en 1997 en version française. Une seconde partie contenant les règles consacrées à la formation du contrat, à sa validité, son interprétation a été diffusée en 1998 et publiée en langue anglaise en 2000⁹⁹. Le travail sur la troisième partie consacrée au régime du contrat a débuté en 1997 et devrait être publié prochainement.

§3 – LE CONTENU DES PRINCIPES

42. La première version des principes était consacrée à l'exécution et à l'inexécution du contrat. La deuxième version, adoptée en 1998 est, quant à elle, consacrée à la formation

⁹⁸ - *Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, op. cit., p. 19.

⁹⁹ - LANDO (O.) BEALE (H.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law international, La Haye, 2000. Version disponible sur le site Internet de la Commission sur le droit européen du contrat, www.ufsia.ac.be/CECL.html.

du contrat. La version consolidée, non encore publiée en langue française, comprend donc un ensemble de 159 articles, divisé en chapitres et sections. Après un premier chapitre consacré aux dispositions générales, sont étudiés tour à tour : la formation du contrat et la représentation d'une partie durant celle-ci, la validité de l'acte, son interprétation, le contenu et les effets du contrat puis son exécution et son inexécution et enfin les moyens en cas d'inexécution. Nous ne prétendons pas étudier ici l'intégralité de ces nombreuses dispositions mais seulement en extraire les caractéristiques les plus substantielles, espérant ainsi montrer que le texte constitue un modèle possible pour le droit communautaire.

43. Les rédacteurs ont entendu que le droit issu des principes soit applicable à tout type de contrat et par analogie à leurs avenants, aux promesses unilatérales, et autres déclarations et comportements indiquant une intention¹⁰⁰. Soulignons, dès à présent, qu'en raison de sa vocation généraliste, aucune distinction n'est faite en fonction de la qualité des parties ou de la nature du contrat. Les dispositions du texte revêtent un caractère non impératif ce qui signifie que les parties qui souhaitent placer leur contrat sous l'empire des Principes peuvent toujours modifier ou écarter certaines de leurs dispositions. Seuls quelques articles revêtent un caractère d'ordre public.

44. L'analyse du texte montre à quel point les principes constituent une œuvre de compromis. La difficulté était double. Il fallait concilier d'une part des systèmes juridiques fort différents et d'autre part des idéaux opposés. Les droits nationaux sont en effet bâtis sur les principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle et en même temps confrontés à l'objectif de justice contractuelle. Cette dualité se retrouve dans le texte présenté. Le professeur Mazeaud la stigmatise parfaitement : « libéral dans la répartition des pouvoirs qu'il organise au sein du contrat, le droit qu'esquisse les Principes apparaît épris de l'esprit de solidarité dans l'exécution des devoirs contractuels qu'il impose »¹⁰¹. C'est à travers le concept clé de bonne foi que se réalise la recherche de l'équilibre du contrat. Connue dans tous les pays de l'Union européenne, la bonne foi y connaît pourtant des traitements fort divers. Pour ne traiter que des droits d'inspiration romano-germaniste, la place qu'accorde l'Allemagne à la bonne foi¹⁰² dans la réglementation du contrat est nettement plus importante que celle que lui laisse le droit français. Quant aux systèmes de *Common Law* le terme même de *Good Faith* qui peut s'en rapprocher n'a pas du tout la même portée¹⁰³. Cette diversité n'a pas empêché les rédacteurs de faire du principe la clé de voûte de tout le système et à ce titre de la faire figurer dans les dispositions consacrées aux devoirs des parties. Cette section est placée en tête du texte, avant même, il convient

¹⁰⁰ - Article 1.107 des Principes, version consolidée de 1998.

¹⁰¹ - MAZEAUD (D.), La commission Lando : le point de vue d'un juriste français, *op. cit.*, p. 143.

¹⁰² - Désignée sous le vocable de *Treu und Glauben*, signifiant littéralement fidélité et confiance.

¹⁰³ - *Infra* : § 119.

de le noter car c'est un fait révélateur, les précisions terminologiques. L'article 1.201 énonce : « chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi ». C'est l'utilisation classique du principe, qui exige un minimum de loyauté entre les parties. Le principe, inscrit à plusieurs reprises dans les principes, est d'ordre public. Il est ainsi contraire à ce principe d'« entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre »¹⁰⁴ et il est recommandé à l'interprète des dispositions contractuelles de mener son action « conformément aux exigences de la bonne foi »¹⁰⁵. Mais le concept n'est pas envisagée uniquement dans son sens classique. Une option plus dynamique a été retenue par les rédacteurs. C'est dans cette optique que l'article 1.202, toujours dans les devoirs généraux des parties, impose à celles-ci un devoir de collaboration. Non seulement les parties sont tenues de faire preuve d'honnêteté et de moralité, mais en plus elles doivent œuvrer ensemble dans leur intérêt commun. Celui-ci a pour but de permettre au contrat de produire son plein effet. Cette seconde vision de la bonne foi peut-être qualifiée d'avant-gardiste au regard du droit civil français qui selon un de ses plus grands observateurs faisait preuve de « timidité » à l'égard de cette « lecture humaniste du concept de bonne foi »¹⁰⁶. La conception qui fait du contrat « une société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par les contractants, absolument comme dans la société civile ou commerciale »¹⁰⁷ n'a pas convaincu la doctrine française qui, pour l'essentiel, s'en est tenue à une vision négative de la bonne foi, se limitant ainsi au devoir de loyauté entre les parties. Le devoir de collaboration n'est réellement retenu en droit français que dans un certain nombre de contrats à cause de leur nature particulière, tels le contrat de société, les contrats de distribution et le contrat de travail. C'est pourtant cette conception positive du principe de bonne foi qui a été retenue par la Commission Lando. Remarquons toutefois, que contrairement à l'exigence classique de bonne foi, ce second aspect ne revêt pas le caractère de règle d'ordre public.

45. De fait, le devoir de collaboration et le principe général de bonne foi exercent une influence significative sur l'ensemble du texte. Faisant de la bonne exécution du contrat, l'intérêt commun des parties, ces principes contribuent à renforcer la dualité du texte qui oscille entre liberté contractuelle et consensualisme d'une part et équilibre contractuel et protection des faibles d'autre part. Si les principes contractuels classiques triomphent largement lors de la réglementation de la formation du contrat (I), le caractère

¹⁰⁴ - Article 2.301 des Principes.

¹⁰⁵ - Article 5.102-g des Principes.

¹⁰⁶ - MAZEAUD (D.), La commission Lando: le point de vue d'un juriste français, *op. cit.*, p. 148.

¹⁰⁷ - DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. VI, éd. Rousseau, Paris, 1931, p. 9.

« vertueux »¹⁰⁸ du texte l’emporte par contre lorsqu’il s’agit de l’interprétation et de la validité (II) ainsi que des effets de celui-ci (III).

I – La formation du contrat

46. Comme dans la plupart des droits nationaux, le principe du consensualisme est proclamé. Corollaire du principe de l’autonomie de la volonté, le principe implique qu’aucune forme n’est exigée pour la validité d’un contrat. L’article 2.101 des Principes, à l’instar des textes internationaux¹⁰⁹, indique donc qu’« un contrat est conclu dès lors que les parties entendaient être liées juridiquement, et sont parvenues à un accord suffisant, sans qu’aucune autre condition soit requise ». Le contrat n’a pas à être conclu ni constaté par écrit et n’est soumis à aucune autre exigence de forme, ce qui correspond à une approche pragmatique propre aux relations commerciales. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins¹¹⁰. La liberté contractuelle, l’autre grand principe du droit des contrats, est posé dès les dispositions générales. En son nom les parties sont libres de déterminer le contenu du contrat qui les lie. Les limites du principe sont immédiatement précisées. Elles sont classiques : il s’agit tout d’abord du respect du principe de bonne foi et ensuite de la soumission aux règles impératives nationales, supranationales ou internationales. L’article 1.104 prévoit la soumission des dispositions des principes régissant le consentement des parties aux dispositions du pays où celles-ci ont leur résidence habituelle.

47. Dans le domaine de la technique contractuelle, les rédacteurs ont opéré un choix. Conformément aux articles 1.303 et 2.204 et aux droits d’inspiration romano-germaniste, la théorie de la réception prévaut. Une notification produit ses effets dès lors qu’elle atteint son destinataire et c’est lorsque l’acceptation de l’offre parvient à l’offrant que le contrat est déclaré conclu. Il en est de même pour le refus d’une offre : celle-ci prend fin dès que le refus parvient à l’offrant. Ce principe rompt avec les principes de la *Common Law* qui privilégie traditionnellement la théorie de l’expédition. En effet, en droit anglais, si le contrat est conclu par courrier, l’acceptation est caractérisée par le fait, pour le destinataire de l’offre, d’expédier son acceptation, pourvu que celle-ci soit valablement affranchie.

¹⁰⁸ - MAZEAUD (D.), La commission Lando : le point de vue d’un juriste français, *op. cit.*, p. 147.

¹⁰⁹ - La Convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandises dans son article 11 dispose : « Le contrat de vente n’a pas à être conclu ni constaté par écrit et n’est soumis à aucune autre condition de forme » ; l’article 1.2 des Principes Unidroit indique : « Ces Principes n’imposent pas que le contrat soit conclu ou constaté par écrit. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins ».

¹¹⁰ - Article 2.101 des Principes.

Notons encore concernant l'acceptation de l'offre, l'insertion du principe bien connu du droit français selon lequel le silence à lui seul ne vaut pas consentement ¹¹¹.

48. La généralisation des contrats d'adhésion a justifié l'insertion de l'article 2.104. Cette disposition impose à la partie qui a rédigé ou proposé le contrat, de porter à la connaissance de l'autre les clauses qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle, à défaut de quoi celles-ci ne pourront pas lui être opposables. Il est précisé que la simple référence faite à une telle clause dans un document contractuel, « n'attire pas sur elle de façon satisfaisante l'attention du cocontractant, alors même que ce dernier signe le document ». Cet article ne doit pas être considéré comme une atteinte au principe du consensualisme mais au contraire comme la recherche d'une logique où prédomine la négociation.

II – La validité et l'interprétation du contrat

49. Les règles régissant la validité et l'interprétation des dispositions contractuelles se situent à la charnière des deux objectifs que la Commission Lando s'est assignée lors de la rédaction des principes. Au-delà d'une apparente neutralité (A), la recherche de l'équilibre contractuel transparaît clairement (B).

A – Une apparente neutralité

50. Les différents textes régissant le droit commun des contrats dans les Etats membres contiennent, dans leurs toutes premières dispositions, des règles relatives à la capacité de contracter, d'une part, et à l'objet du contrat, d'autre part. Ces dernières permettent de sanctionner les contrats contenant des clauses immorales ou contraires à l'ordre public. C'est ainsi que malgré le principe de la liberté contractuelle, le droit français interdit certains contrats portant sur le commerce du corps humain. Les rédacteurs des principes n'ont pas entendu traiter de l'illégalité du contrat, ni de l'incapacité des parties ni même de l'immoralité du contrat, laissant ces questions à la seule appréciation des droits nationaux ¹¹². Ils ne traitent pas non plus de la question de la cause de l'obligation contractuelle chère au droit français. Ce faisant, ils affichent une neutralité apparente sur des questions éminemment subjectives, intimement liées aux choix historiques et culturels des Etats auxquels ils s'adressent, et se montrent *a priori* détachés des questions de justice et d'équilibre contractuel.

¹¹¹ - Article 2.204-2 des Principes.

¹¹² - Article 4.101 des Principes.

51. Comme dans tout texte constituant un droit commun du contrat, les vices du consentement, l'erreur, le dol et la contrainte sont abordés tour à tour dans le chapitre 4. L'erreur de droit et l'erreur de fait sont admises comme cause de nullité du contrat. Il faut pour cela que l'erreur ait été causée par une information donnée par l'autre partie qui doit avoir connu ou aurait dû avoir connaissance de l'erreur. L'hypothèse où les deux parties ont commis la même erreur est aussi envisagé : dans un esprit encore une fois très pragmatique, il est prévu que l'une des deux parties peut demander au tribunal de mettre le contrat en accord avec ce qui aurait raisonnablement été convenu en l'absence d'erreur. La nullité du contrat ne peut être soulevée que si cette dernière savait ou aurait du savoir l'importance que le cocontractant attachait au point entaché de l'erreur. C'est le cas lorsque, si cette partie avait connu la vérité, elle se serait engagée dans des conditions fondamentalement différentes. Il s'agit ici de ce que le droit français traite sous l'expression de substantialité de l'erreur et que les principes nomment « erreur fondamentale » sans que l'on puisse pour autant entendre les deux expressions de manière parfaitement identique. Très logiquement l'erreur ne peut pas être invoquée si elle est inexcusable ou si la victime était censée en assumer le risque en vertu des circonstances. Le principe de dommages et intérêts est acquis à l'exclusion du cas où la partie qui a donné l'information est de bonne foi ¹¹³. Une partie est fondée à demander la nullité du contrat dès lors que l'autre, par des manœuvres dolosives, en paroles ou en actes, a déterminé la conclusion du contrat ¹¹⁴. Le terme « dolosif » signifie classiquement « destiné à tromper ». Le dol qui résulte d'une omission frauduleuse est lui aussi envisagé. Dans ce cas, on tient compte des connaissances techniques de chacune des parties, de la possibilité et du coût de celle-ci de se procurer l'information et enfin de l'importance de l'information en cause. La conclusion d'un contrat sous contrainte fonde la partie qui en est victime à en demander la nullité ¹¹⁵. Le terme de contrainte est défini comme une « menace imminente et grave » d'un acte qui est en soi illégitime ou dont l'usage est illégitime pour obtenir la conclusion du contrat, ce qui le rapproche du « mal considérable et présent » qui définit la violence en droit français ¹¹⁶, tout en étant plus large. Ainsi les règles relatives aux vices du consentement sont traitées de manière extrêmement classique par la Commission Lando. Cette neutralité s'explique par la nature même des vices du consentement : l'erreur, le dol et la violence sont des concepts qui se prêtent difficilement à l'innovation et qui sont d'ailleurs réglementés de façon sensiblement identique dans les différents Etats européens. Fait remarquable, le droit pour une partie d'annuler un contrat entaché de l'un des vices du consentement, ne nécessite pas qu'un tribunal soit saisi. Ce droit s'exerce par le biais d'une

¹¹³ - Article 4.106 des Principes.

¹¹⁴ - Article 4.107 des Principes.

¹¹⁵ - Article 4.108 des Principes.

¹¹⁶ - Article 1112 du Code civil.

notification unilatérale. Le rôle du juge est limité dans le but de résoudre plus rapidement le litige, ce qui s'inscrit parfaitement dans la vocation économico-commerciale des textes d'harmonisation du droit des contrats. Les Principes Unidroit contiennent le même type de dispositions tendant à faire reculer l'importance du règlement judiciaire des litiges ¹¹⁷.

52. Les règles concernant la détermination du prix méritent d'être citées. Les articles 6.104 à 6.106 régissent la situation dans lesquelles les parties sont d'accord pour être liées contractuellement mais sans pouvoir déterminer avec précision l'un des éléments de la convention. Classiquement, les Principes exigent que le prix soit déterminé lors de la conclusion du contrat et dans le cas contraire « les parties sont censées être convenues d'un prix raisonnable ». Mais il est implicitement prévu que la validité du contrat n'est pas affectée par le fait que les parties se sont mis d'accord sur le fait que l'une d'entre elles puisse fixer le prix de façon unilatérale. Cette solution n'est pas admise par l'ensemble des Etats membres ¹¹⁸. Ses modalités d'application sont par ailleurs originales. Tout d'abord la faculté de détermination unilatérale ne se limite pas au prix mais s'étend à « tout autre élément du contrat » ce qui dépasse largement le cadre de ce qui est admis par le droit français. Par ailleurs, lorsqu'il résulte que cette détermination est « manifestement déraisonnable », le juge intervient pour rectifier cet état de fait s'arrogeant ainsi le pouvoir de refaire le contrat. Cette solution, qui revêt un caractère impératif, dénote avec les dispositions françaises applicables en la matière qui selon l'expression du professeur Mazeaud ne reconnaissent « qu'un pouvoir détourné et indirect au juge de rééquilibrer le contrat en accordant des dommages-intérêts à la victime de l'abus » ¹¹⁹. Conformément à la plupart des droits nationaux, l'article 6.106 valide la possibilité pour les parties de désigner un tiers chargé de la détermination du prix ou de tout autre élément du contrat. L'intervention du juge est aussi prévue lorsque ce dernier ne peut ou ne veut procéder à la détermination, le tribunal ayant le pouvoir de désigner un remplaçant ¹²⁰. Cette solution prévaut dans certains Etats ¹²¹, alors que d'autres donnent au tribunal le pouvoir, dans ces conditions, de déterminer le prix ¹²². L'article 1592 du Code civil français, au contraire, prévoit la nullité du contrat dans un pareil cas. La Cour de cassation française estime que la désignation d'un nouveau tiers « ne peut être faite par le juge, dont l'intervention, non

¹¹⁷ - Article 3-14 du texte des Principes Unidroit.

¹¹⁸ - Ainsi l'Espagne, le Luxembourg et l'Italie n'admettent pas la détermination du prix par l'une des parties. La France le refuse traditionnellement, mais des tempéraments sérieux ont eu lieu depuis une série d'arrêts de la Cour de cassation. Cass. Ass du 1^{er} décembre 1995 : *D.*, 1996, p. 17, note Aynès ; *JCP*, G, II, 22565, note Ghestin, *RTDCiv*, 1996, p. 153, note Mestre. Sur cette jurisprudence, voir : *La détermination du prix : nouveaux enjeux-un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, extrait n°1-1997 de la *RTDCom*, sous l'égide du CEDIP et de l'Université de Montpellier, Thème et commentaires, Dalloz, 1997.

¹¹⁹ - MAZEAUD (D.), La Commission Lando : le point de vue d'un juriste français, *op. cit.*, p. 153.

¹²⁰ - Article 6.106 des Principes.

¹²¹ - C'est le cas en Belgique et aux Pays-Bas.

¹²² - L'Allemagne, la Grèce, l'Italie et le Portugal.

prévue dans la convention, se trouverait ainsi imposée pour la perfection du contrat, là où la loi n'a voulu que l'action libre et exclusive des parties »¹²³. Dans le cas où le tiers aurait déterminé le prix de manière « manifestement déraisonnable », le texte accorde au juge le pouvoir de procéder à la rectification. Cette solution est aussi opposée au droit français. La jurisprudence estime qu'en « remettant à l'estimation d'un tiers, conformément à l'article 1592 du Code civil, la fixation de ce prix, les parties ont fait de sa décision leur loi et (...) à défaut d'allégation d'erreur substantielle ou de dol, il n'appartient pas aux juges, en la modifiant, de leur imposer une convention différente de celle qu'elles avaient établie »¹²⁴. On peut conclure avec le professeur Mazeaud qu'entre le droit français et les dispositions européennes « la différence n'est donc pas simplement de degré mais de nature », car si dans le droit français « l'intervention du juge canalise les débordements de la volonté unilatérale » dans le droit issu des principes « le pouvoir judiciaire se substitue à la volonté unilatérale ; ici le juge corrige une volonté abusive, là, le juge complète, voire conçoit le contrat »¹²⁵. La diversité des solutions nationales relatives à la détermination du prix, liées par essence au traitement que les différents droit accordent à la notion d'objet du contrat, a obligé les rédacteurs des principes à faire des choix. Si ces choix heurtent les principes applicables dans certains Etats membres, et singulièrement l'esprit du droit français des contrats, il n'en demeure pas moins qu'ils ont le mérite de l'efficacité. Rédigeant un texte qui a pour but principal de faciliter les échanges commerciaux, les auteurs ont pris les options qui correspondaient le mieux à cet objectif.

53. Le langage du contrat, qu'il soit écrit ou oral, n'est souvent « qu'un véhicule imparfait de la pensée »¹²⁶ ; dès lors, à l'instar des droits nationaux, la Commission Lando a dû élaborer des règles régissant l'interprétation des dispositions contractuelles. Ces dispositions sont assez classiques. Selon une approche subjective visant à cerner la volonté réelle des contractants, il est prévu que le contrat s'interprète en fonction de la commune intention des parties, « même si cette interprétation s'écarte de sa lettre ». La volonté réelle des parties l'emporte donc sur leur volonté affichée, faisant ainsi triompher la liberté contractuelle. Il est recommandé à l'interprète de tenir compte des circonstances de la conclusion du contrat, de sa nature et de son but, du comportement des parties mais aussi des usages et de la bonne foi. Le principe de l'interprétation utile du contrat est affirmé. L'approche subjective devenant objective, les Principes prescrivent l'usage de l'adage

¹²³ - Cass. Civ. , 25 avril 1952, *RTDCiv* 1952, p. 515, obs. Carbonnier.

¹²⁴ - Cass. Com, 6 juin 1950, *Bull. civ.*, II, n° 205, p. 141 ; Cass. Com., 29 juin 1981, *Bull.civ.* , IV, n°298. Cass. Com, 14 décembre 1999, *RTDCiv*, 2000, p. 318. L'article 1592 du Code civil français dispose : « [le prix] peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente ». Le droit anglais prévoit une solution similaire.

¹²⁵ - MAZEAUD (D.), La Commission Lando : le point de vue d'un juriste français *op. cit.* , p. 153.

¹²⁶ - TERRE (F.) SIMLER (P.) LEQUETTE (Y.), *Droit civil - Les obligations*, Dalloz, Paris, 7^{ème} éd., 1999, p. 410.

contra proferentem selon lequel, lorsqu'une clause est obscure et qu'elle n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle, elle doit être interprétée contre celui qui l'a rédigée. Ce principe protecteur de la partie la plus faible, bien connu du droit français¹²⁷ repose sur l'idée de l'infériorité de l'adhérent vis-à-vis de celui qui a rédigé le contrat. Le principe a été intégré dans la directive communautaire sur les clauses abusives. Il a pour but de sanctionner la pratique courante qui consiste en la rédaction de clauses volontairement floues dans le but d'induire l'autre partie en erreur. Dans le même sens entre deux clauses contradictoires, celle qui aura fait l'objet d'une négociation individuelle prévaut¹²⁸. Tout en étant très classiques, les règles d'interprétation illustrent, qu'en prenant en compte le phénomène des contrats d'adhésion, les rédacteurs des Principes ont entendu s'assigner un objectif de justice contractuelle.

B - La recherche de l'équilibre contractuel

54. Mais la recherche de l'équilibre contractuel ressort plus nettement d'autres dispositions du texte. Il est ainsi prévu l'annulation des clauses contractuelles consacrant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des contractants¹²⁹. La généralité des Principes Lando implique la nullité de ce type de clauses quelle que soit la qualité des cocontractants en cause : la notion de consommateur n'a aucun rôle à jouer dans la mise en œuvre de cet article. La seule faiblesse de la partie engendre l'application du principe. Le spectre de la faiblesse contractuelle est conçu de façon extrêmement large : celle-ci peut-être caractérisée par l'état de dépendance, une relation de confiance, un état de détresse économique ou de besoin urgent. Est également prévue la protection du contractant imprévoyant, ignorant, inexpérimenté ou inapte à la négociation. L'autre partie se verra imposer l'annulation dès lors qu'au moment de la conclusion du contrat, elle avait ou aurait dû avoir, connaissance de l'état de faiblesse de son cocontractant, et s'il ressort des circonstances ou du but du contrat, qu'elle a pris avantage de la situation avec une déloyauté évidente ou si elle en retiré un profit excessif.

Ce principe pourrait être rapproché de la théorie française de la lésion. Or, on connaît la réticence que le droit français manifeste à l'égard de cette théorie. La lésion se définit comme le préjudice subi par l'une des parties contractantes du fait d'un déséquilibre existant, au moment de la conclusion du contrat, entre les obligations réciproques. Conformément à la tradition romaine, le Code civil français n'admet la lésion que dans

¹²⁷ - Article 1162 du Code civil.

¹²⁸ - Article 5.104 des Principes.

¹²⁹ - Article 4.109 des Principes.

certaines contrats et à l'égard de certaines personnes et, même si certains tempéraments se sont fait jour sur ce point, c'est toujours à titre exceptionnel que sont admises les actions en rescision. Le droit allemand, au contraire, fait du déséquilibre grave entre prestation et contre-prestation, une cause d'immoralité du contrat¹³⁰ dès lors que le critère objectif (le déséquilibre entre les prestations) se double d'un critère subjectif (l'exploitation de la faiblesse de l'autre partie). Les dispositions des principes Lando semblent donc avoir été influencées par le droit allemand des contrats, caractérisé par un esprit de protection singulièrement marqué et s'opposent *a priori* au modèle français. La portée de cette opposition est pourtant à nuancer. Tout d'abord l'admission de la révision ou de l'annulation du contrat dans ces conditions compense en partie le silence absolu des Principes sur la notion de cause du contrat que les juges français utilisent régulièrement pour annuler les contrats lorsqu'il existe un déséquilibre trop flagrant entre les obligations réciproques des parties, en faisant ainsi un instrument de justice contractuelle. Comme cela a été dit à propos des Principes Unidroit qui présentent sur ce point des dispositions analogues : « L'admission générale de la lésion rendait donc superfétatoire l'exigence d'une cause de l'obligation »¹³¹. Par ailleurs, ce qui est réglementé est une situation caractérisée par la subjectivité : la partie protégée l'est tout d'abord en raison de sa position de faiblesse mais aussi en raison du comportement déloyal du cocontractant. Il ne s'agit donc pas de sanctionner un déséquilibre purement objectif entre les droits et obligations des parties, ce qui permet de nuancer l'opposition entre le droit issu des principes et l'esprit du droit français. Cependant on ne peut que constater que les rédacteurs des principes ont très nettement opté pour la justice contractuelle, au détriment de la doctrine libérale qui fait du libre jeu des volontés individuelles la garantie de l'équilibre des prestations.

55. L'économie d'un contrat résulte des prestations auxquelles se sont mutuellement obligées les parties, mais aussi des stipulations contractuelles par lesquelles celles-ci organisent leur relation. Dans un même esprit de justice contractuelle, la Commission Lando a donc dû se préoccuper de ces clauses contractuelles. L'article 4.110 protège ainsi les contractants contre les clauses abusives n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle. Une clause peut être annulée, sur la base du principe de bonne foi si, n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle, elle crée au détriment de l'une des parties un déséquilibre significatif. Celui-ci doit être évalué au regard de la nature de la prestation à effectuer, de toutes les autres clauses du contrat et des circonstances qui ont entouré sa conclusion. Les clauses relatives à l'objet du contrat et à la valeur des prestations à fournir sont exclues de l'application de la disposition. Cette dernière précision est conforme au

¹³⁰ - §138 du BGB.

¹³¹ - FAUVARQUE-COSSON (B.), Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, *op. cit.*, p. 468.

droit français mais correspond aussi tout à fait aux dispositions de la directive communautaire relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ¹³².

56. Les causes de nullité du contrat n'entraînent pas forcément, dans les principes Lando, l'engagement d'une procédure judiciaire. La nullité du contrat pourra être notifiée par la partie lésée à l'encontre de l'autre, sans intervention du juge. La notification de la nullité prend effet dès que son destinataire la reçoit. Cependant, il est toujours possible au destinataire de ne pas laisser produire d'effet à la notification en proposant l'adaptation du contrat, ce qui est prévu, par exemple, en ce qui concerne l'erreur ¹³³. S'il s'agit d'une notification de nullité au titre de l'article 4.109, c'est-à-dire causée par un profit excessif, les deux parties -victime et bénéficiaire - pourront saisir le juge afin que celui-ci procède à un rééquilibrage des obligations contractuelles ¹³⁴. L'intervention limitée du juge au profit du règlement unilatéral du litige mérite d'être soulignée. Elle laisse supposer la confiance que les rédacteurs des principes fondent dans le comportement responsable des parties, sans que l'on puisse pour autant y adhérer. Les règles concernant les effets du contrat, son exécution et les conséquences de son inexécution sont encore plus nettement orientées vers la protection de la justice contractuelle.

III – Les effets du contrat

57. C'est très certainement à travers le prisme du devoir de collaboration, vision dynamique du principe de bonne foi, que les Principes restaurent l'équilibre contractuel. Il est possible de citer dans ce sens, l'article 9.505 qui impose au créancier de faire son possible pour réduire le préjudice qu'il peut subir du fait de l'inexécution par le débiteur de son obligation. L'empreinte du devoir de collaboration entre parties contractantes est ici évidente : la bonne exécution du contrat ou plus exactement la moins mauvaise, doit être recherchée par les deux parties puisqu'il s'agit de leur intérêt commun. Par ailleurs, selon l'article 9.102 le débiteur n'est pas tenu d'exécuter en nature les obligations qu'il tient du contrat ou de son inexécution, lorsque ce type d'exécution comporte, pour lui, des efforts ou des dépenses « déraisonnables ». Cette disposition est le résultat d'un compromis entre *Common Law* et droit romain. En droit anglais, l'exécution forcée en nature ou *Specific Performance*, est d'usage exceptionnel ; il s'agit d'un « remède extrême » ¹³⁵ en raison de

¹³² - Voir *infra*, §297.

¹³³ - Article 4.105 des Principes.

¹³⁴ - Articles 4.109-2 et 4.109-3 des Principes.

¹³⁵ - BELLIVIER (F.) SEFTON-GREEN (R.), Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droit français et anglais: bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, in : *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 96.

la sévérité des sanctions qui découlent de la désobéissance du débiteur à cet ordre. Dans les pays d'inspiration romano-germaniste c'est le mode ordinaire d'exécution des obligations contractuelles autres que celles qui prévoient le paiement d'une somme d'argent. Les principes ont donc posé la règle de l'exécution en nature (article 9.102-1) avant d'en envisager les exceptions. C'est dans ce cadre que l'article 9.102-2 régit le cas où cette exécution désavantagerait par trop le débiteur. Le caractère déraisonnable des efforts ou des dépenses à fournir ne reçoit pas de définition précise et dépend largement des circonstances de l'espèce. Afin de nous éclairer sur ce qu'il faut entendre par « déraisonnable », les rédacteurs fournissent un exemple dans le commentaire qui suit la disposition ¹³⁶. Notons au passage que l'utilisation répétée d'illustrations sous forme de cas d'école résulte de l'influence de la *Common Law*. Passant outre la question de la prédominance d'un modèle juridique sur l'autre il convient de constater l'importance pratique d'un tel procédé. Dans l'ignorance ou dans le doute, les contractants ou le tribunal se reporteront utilement aux exemples fournis pour résoudre le litige qui les occupe. Dans l'exemple qui nous concerne, il s'agit d'un contrat de vente portant sur un navire, avec promesse de le livrer au domicile de l'acquéreur. Durant le trajet, le navire est victime d'une collision et sombre par deux cents mètres de fond. Considérant que pour exécuter en nature son obligation le vendeur devrait renflouer le navire et que cette action engendrerait un coût quarante fois supérieur à la valeur du bien, on admet que cette exécution aurait un coût déraisonnable.

58. Mais c'est la théorie du changement de circonstances qui constitue sans doute l'application la plus éclatante de l'idée d'intérêt commun contractuel. L'article 6.111 reprend un principe que connaissent de façons différentes tous les Etats de l'Union. Le paragraphe 2 oblige les parties à renégocier le contrat dans le but de l'adapter, voire d'y mettre fin, dans le cas où l'obligation de l'une des parties est devenue onéreuse à l'excès en raison d'un changement de circonstances. L'objectif est d'éviter que les conséquences d'un tel changement ne pèsent sur une seule partie, il s'agit donc de l'aveu même des rédacteurs, d'une application de l'idée de « justice contractuelle » dont sont imprégnés les principes. On touche là à une des controverses les plus importantes du droit moderne des contrats puisque sont opposés le principe *pacta sunt servanda* qui implique l'immutabilité des conventions et la règle *rebus sic stantibus* qui peut justifier la révision des termes d'un contrat lorsque survient un bouleversement des données qui ont présidé à la conclusion de celui-ci. Ayant commencé par refuser la théorie de l'imprévision, la majorité des droits des Etats membres connaît et applique des dispositions similaires. Ainsi, si la *Common Law* exige en théorie que la partie victime d'un changement de circonstances exécute son

¹³⁶ - Version française des Principes, *op. cit.*, p. 184.

obligation, sauf si une clause du contrat prévoit le contraire (clause dite de *Hardship* courantes dans les contrats à long terme), en pratique le juge anglais allège quand même la partie qui souffre du changement de circonstances. Quant au droit français, même si la Cour de cassation a, depuis l'affaire du *Canal de Craponne*¹³⁷, maintenu une jurisprudence très sévère rejetant la modification du contrat au motif d'un changement de circonstances en vertu du principe de l'intangibilité des conventions¹³⁸, force est de constater qu'au prix de tempéraments jurisprudentiels¹³⁹ et légaux¹⁴⁰, l'imprévision est régulièrement admise. Dans un souci de fidélité aux modèles nationaux, à la pratique commerciale mais aussi à la justice contractuelle, la Commission Lando a donc inscrit cette règle dans le texte des principes du droit européen du contrat. Mais la longueur de l'article 6.111 témoigne des difficultés rencontrées. A l'instar des droits nationaux, l'admission du droit à renégociation est exceptionnelle. Le premier paragraphe de l'article 6.111 rappelle, en effet, qu'une partie est toujours obligée d'exécuter une obligation quand bien même elle serait devenue plus onéreuse. C'est le principe de la force obligatoire des contrats qui s'impose ici. Le principe de la renégociation est en outre introduit par le terme « cependant » ce qui atteste, s'il en était besoin, de son caractère dérogatoire. Pour entraîner une renégociation, le changement doit être intervenu après la conclusion du contrat et ne devait pas pouvoir être prévu. Dernière condition restrictive, la partie lésée ne doit pas, en vertu des dispositions du contrat, supporter le risque de ce changement. La possibilité de renégociation en cas de changement de circonstances ne doit pas être confondue avec l'exonération en cas de survenance d'un élément venant rendre impossible l'exécution du contrat.

59. Ce dernier cas, envisagé par le droit français sous le terme de force majeure¹⁴¹ et de *Frustration of Contract* en droit anglais, est caractérisé par l'impossibilité totale d'exécuter l'obligation et non l'augmentation des coûts liés à celle-ci. A l'instar du droit français¹⁴², les principes Lando ont aussi envisagé cette hypothèse¹⁴³. L'article 3.108 prévoit l'exonération du débiteur lorsque son inexécution est due à un empêchement « qui lui échappe et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou

¹³⁷ - Cass. Civ., 6 mars 1876, *D.*, 1876, I, p. 193, note Giboulot.

¹³⁸ - Cass. Civ. 3^{ème}, 14 octobre 1987, *Bull. civ.*, 3, n°169.

¹³⁹ - Au nom de la bonne foi et même de l'équité.

¹⁴⁰ - En matière de rentes viagères, loi du 25 mars 1949 ou de baux commerciaux, décret du 30 septembre 1953.

¹⁴¹ - Article 1148 du Code civil.

¹⁴² - On remarque la similarité des critères avec la force majeure française : extériorité, imprévisibilité et irrésistibilité de l'évènement.

¹⁴³ - Pour une analyse détaillée, voir : PICHONNAZ (P.), L'exonération du débiteur malgré l'inexécution de son obligation selon les Principes du droit européen des contrats, in : *L'eupéanisation du droit privé – Vers un Code civil européen ?*, éd. Universitaires, Fribourg, 1998, pp. 179-202.

qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences ». La frontière sera parfois très délicate à tracer entre l'avènement d'un empêchement insurmontable et celui d'un changement de circonstances rendant l'exécution onéreuse à l'excès. Des solutions recourant à un calcul de l'augmentation des coûts ont parfois été avancées, mais se révèlent délicates à appliquer en pratique. En définitive ce sera au juge chargé de l'application du contrat qu'incombera cette tâche.

60. Dans le cas du changement de circonstances, le juge sera amené à statuer si les parties n'ont pas su parvenir à un accord dans un délai raisonnable. Le tribunal pourra mettre fin au contrat ou le modifier en vue de l'adapter de façon équitable. Le juge a, en outre, le pouvoir d'attribuer une réparation à la partie victime du refus de négocier. Cette dernière précision nous amène à évoquer une des caractéristiques essentielles des principes Lando : le rôle important qu'ils confèrent au juge. Les juristes français dénoncent en chœur cette « confiance aveugle »¹⁴⁴ dans le pouvoir judiciaire, facteur essentiel du risque d'insécurité juridique. Le recours au juge est prescrit pour désigner un nouveau tiers afin de déterminer le prix ou tout autre élément du contrat (article 2.103) ce qui, on l'a dit, est proscrit en droit français en vertu du principe de l'autonomie de la volonté. C'est ce qui permet au professeur Mazeaud d'affirmer que « le contrat n'est plus le jardin secret des contractants, c'est une œuvre collective dans laquelle le juge tient un rôle qui peut être déterminant, un ménage à trois dont le juge est non seulement l'arbitre mais aussi un acteur parfois très actif »¹⁴⁵. Il convient tout de même de noter que cette image idéale des relations contractuelles a évolué en droit français et que le juge y exerce un pouvoir plus important aujourd'hui, dont il suffit pour s'en convaincre de citer son action dans le cadre de la protection contre les clauses abusives. Par ailleurs, force est de constater que la présence du juge résulte le plus souvent de l'emploi généralisé de concepts cadres que notre droit français connaît parfaitement, comme le recours à la raison ou à la bonne foi et auxquels il était impossible d'échapper dans une œuvre d'harmonisation. Le juge se trouve au contraire évincé comme dans le cas déjà évoqué de l'erreur, lorsqu'il s'agit de la résolution du contrat pour inexécution. Dès lors que l'inexécution porte sur une obligation essentielle, c'est-à-dire lorsque « la stricte observation de l'obligation est de l'essence du contrat » et qu'elle « prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat » ou encore lorsqu'elle est intentionnelle, la partie lésée peut notifier à l'autre la résolution du contrat¹⁴⁶. Cette possibilité est aussi offerte au créancier d'une obligation dont il est manifeste qu'elle fera l'objet d'une inexécution essentielle¹⁴⁷. Force est de convenir qu'une telle faculté unilatérale d'anéantissement du contrat, ayant pour

¹⁴⁴ - MAZEAUD (D.), La Commission Lando : le point de vue d'un juriste français, *op. cit.*, p. 155.

¹⁴⁵ - *Ibid*, p. 157.

¹⁴⁶ - Article 9.303 des Principes.

¹⁴⁷ - *Ibid*, article 9.304.

objectif un règlement rapide du litige, est source d'insécurité juridique, même si le recours au juge est toujours possible *a posteriori*.

61. Les principes réglementent aussi la pratique contractuelle des clauses limitatives de responsabilité. Il faut noter ici une modification intervenue entre la première version et la version consolidée de 1998. Dans la version française de 1997, il était admis que « les parties peuvent convenir à l'avance de limiter ou exclure leur responsabilité en cas d'inexécution lorsque l'inexécution n'est point intentionnelle, ni la limitation ou l'exclusion déraisonnable »¹⁴⁸. La version consolidée adoptée en 1998 et qui n'a toujours pas été publiée en France, dispose « Les moyens accordés en cas d'inexécution peuvent être exclus ou limités à moins que ce ne soit contraire aux exigences de la bonne foi ». Laissant des concepts comme la « raison » et la bonne foi gouverner le régime des clauses pénales, les deux versions renvoient aux tribunaux chargés des litiges le soin d'interpréter des dispositions laconiques. Il en résulte que cette question sera en réalité tranchée au regard des différents systèmes juridiques nationaux, quand le juge ou l'arbitre ne se laissera pas porter par ses propres convictions juridiques.

C'est incontestablement le genre de dispositions qui a attisé les critiques des juristes nationaux. L'utilisation récurrente de notions cadres, pourtant largement justifiée par la recherche du compromis entre des systèmes juridiques sensiblement différents, met en cause la sécurité juridique. Or, assurer la confiance des contractants afin de faciliter le commerce communautaire est précisément le but assigné aux principes Lando. Les doutes émis par les observateurs quant à la portée des Principes sont donc en partie légitimes. De fait, l'utilisation de concepts « flexibles, fluides, flous »¹⁴⁹ et le risque d'insécurité et d'incohérence dans les relations contractuelles qui en découle, constituent la base des reproches les plus fréquemment formulés à l'encontre des principes Lando. Ces risques seront indéniables aussi longtemps qu'aucun organe de contrôle ne sera chargé d'assurer leur interprétation uniforme. Il convient cependant de ne pas oublier que la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises ainsi que les principes Unidroit ont été rédigés sur le même mode. La souplesse et la généralité des concepts employés dans les deux corps de textes qui sont, de plus, destinés à des Etats relevant de systèmes très différents (pays industrialisés, socialistes, en développement) sont loin d'avoir empêché le succès pratique des textes. Au contraire, l'utilisation de tels concepts a permis d'assurer une flexibilité propice à l'adaptation des droits nationaux.

¹⁴⁸ - Article 3. 109, *Les Principes du droit européen du contrat - L'exécution, l'inexécution et ses suites*, *op. cit.*, p. 170.

¹⁴⁹ - MAZEAUD (D.), *La commission Lando : le point de vue d'un juriste français*, *op. cit.*, p. 145.

Section 2

LA VALEUR EXEMPLAIRE DES PRINCIPES

62. Si les origines et le contenu des travaux de la Commission Lando semblent en faire le droit commun du contrat au plan communautaire, ils ne peuvent, en aucun cas, être considérés comme du droit positif. Illustration de l'émergence d'un droit savant en matière contractuelle, les principes du droit européen des contrats sont dépourvus de toute valeur obligatoire (§1) et ne s'appliqueront effectivement qu'en tant que choix des contractants, et encore sous réserve d'ordre public. Pour autant ils revêtent un intérêt doctrinal important et pourront utilement constituer un laboratoire valable pour le développement d'un futur droit communautaire du contrat. Ils n'en revêtent donc pas moins un rôle effectif (§2).

§1 – L'ABSENCE DE VALEUR OBLIGATOIRE

63. A l'instar des principes Unidroit ou des *Restatements* américains, les principes du droit européen du contrat sont dépourvus de toute force obligatoire. En effet, ils sont l'œuvre de juristes de différents Etats et ne constituent qu'un modèle privé pour les contractants ou pour le législateur communautaire. Le texte n'a pas été incorporé dans un instrument juridique obligatoire, règlement, directive ou convention internationale. Il n'est, à l'heure actuelle, que le résultat d'un travail purement privé, celui de la Commission Lando, appellation dont la consonance institutionnelle ne doit pas induire en erreur. La Commission constitue une réunion d'experts très qualifiés et représentatifs des droits privés des différents Etats membres¹⁵⁰ qui ont commencé à se réunir au début des années quatre-vingt. Pour autant, elle ne constitue en aucun cas une institution produisant des règles de droit. Le fait que la Commission ait été officiellement parrainée par la Commission des Communautés européennes et subventionnée par elle¹⁵¹, ne modifie en rien son caractère purement privé. Même mandaté par une institution publique, le groupe

¹⁵⁰ - Parmi les nombreuses personnalités ayant participé aux travaux de la Commission Lando, nous pouvons notamment citer : le professeur H. Beale (Angleterre), le professeur B. Berlioz-Houin (France), le professeur M. Bianca (Italie), le professeur A. Bercovitz (Espagne), le professeur M.J. Bonell (Italie), le professeur M. Collaço (Portugal), le professeur U. Drobnig (Allemagne), Maître A. Elvinger (Luxembourg), le professeur D. Evrigenis (Grèce), le professeur R.M. Goode (Angleterre), le professeur G. Horsemans (Belgique), le professeur R. Houin (France), le professeur K. Kerameus (Grèce), le professeur B. Macmahon (Irlande), le professeur G. Rouhette (France), le professeur D. Tallon (France), le professeur J.A. Wade (Pays-Bas), docteur F.A. Van der Velden (Pays-Bas), le professeur A. Wilson (Ecosse).

¹⁵¹ - C'est en effet la Commission européenne qui, depuis 1982, subventionne une grande partie des travaux de la Commission Lando, voir : COM (2001) 398 final, point 6, note 1 et 8.

d'experts a œuvré « en toute indépendance, certes, mais sans la moindre parcelle de pouvoir normatif »¹⁵².

Cette absence de valeur obligatoire est reconnue par les rédacteurs eux-mêmes. Ainsi dans les commentaires qui suivent l'article 1.101 du texte, on peut lire : « Les principes en tant que tels n'ont pas l'autorité d'un droit national ou international. En conséquence, il est impossible de définir leur domaine d'application de la même façon qu'il est devenu habituel de le faire pour des instruments formels créant un droit uniforme ». Lorsqu'il est appelé à présenter les travaux de la Commission Lando, le professeur Denis Tallon qui y a participé en tant qu'expert français, affirme que les principes européens, à l'instar des principes Unidroit, « n'ont aucune valeur normative »¹⁵³. Ce caractère non obligatoire, loin d'être dissimulé par la doctrine constitue la première caractéristique des principes Lando. Tous les observateurs commencent leur présentation par leur caractère purement incitatif. Et à l'heure où l'adoption d'instruments juridiquement contraignants est critiquée de toutes parts, certains voient dans le caractère purement incitatif du texte, un gage d'efficacité. C'est l'idée que développe F.M. Bannes à propos des Principes Unidroit : « Les efforts en vue de l'unification du droit sur le plan international ont essentiellement pris à ce jour la forme d'instruments juridiques contraignants [...] instruments qui risquent d'être fragmentaires et de rester lettre morte dans la mesure où leur adoption et ratification demeurent sujettes aux réserves émises par les Etats contractants. En conséquence, le recours à des moyens non législatifs d'unification ou d'harmonisation du droit est de plus en plus préconisé. »¹⁵⁴

Cette idée est légitime mais de nombreux auteurs, le plus souvent il faut le reconnaître, des civilistes français, n'y adhèrent pas et affichent au contraire un certain pessimisme envers les instruments non obligatoires d'unification en général et envers les principes de droit européen du contrat en particulier. Ainsi le professeur Raynard évoque « la mode toute contemporaine de principes plus incitatifs que normatifs » qualifiant les Principes Lando de sorte « d'*espéranto* du droit des contrats mais dont l'autorité reste limitée au magistère de leurs auteurs »¹⁵⁵. D'autres évoquent le caractère « virtuel » des règles

¹⁵² - MAZEAUD (D.), A propos du droit virtuel des contrats: réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando, *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, p. 205.

¹⁵³ - TALLON (D.), Les travaux de la Commission Lando, *op. cit.*, p. 122.

¹⁵⁴ - BANNES (F.-M.), L'impact de l'adoption des principes Unidroit 1994 sur l'unification du droit commercial international: réalité ou utopie ?, *op. cit.*, p. 933.

¹⁵⁵ - RAYNARD (J.), Les principes du droit européen du contrat : une *lex mercatoria* à la mode européenne ?, *RTDCiv*, 1998, oct.-déc., p. 1006. La comparaison avec cette langue à vocation universelle, imaginée dès 1887 par Zamenhof, est justifiée au regard de l'objectif de rapprochement des peuples des deux entreprises. Il faut souhaiter que les principes Lando connaîtrons un succès pratique plus significatif que celui de la langue universelle imaginaire.

rédigées par la Commission Lando, constatant que leur avenir repose essentiellement sur l'autorité scientifique et la connaissance contractuelle de ceux qui les ont rédigés ¹⁵⁶.

64. Mais un autre élément limite encore la portée normative des principes. Non contents d'émaner d'une autorité qui ne détient en aucune façon le pouvoir normatif, ils souffrent de l'absence d'un organe juridictionnel propre chargé de leur application. L'interprétation uniforme des règles matérielles contenues dans le texte ne peut donc pas être effectuée. Dans ces conditions, le juge ou l'arbitre qui sera chargé de faire appliquer un contrat, que les parties ont choisi de soumettre aux principes, interprètera les dispositions qu'ils contiennent, au mieux en fonction de l'esprit de système juridique d'origine, au pire en vertu de sa propre conception du droit. Dans ces conditions, le texte qui se veut le véhicule de la sécurité juridique, risque fort d'être source d'incertitudes. Le risque est d'autant plus important que, résultat d'un compromis, les principes accordent beaucoup d'importance à certains concepts standards, à certaines notions souples tels que, pour n'en citer qu'un, le principe de bonne foi qui a toutes les chances d'être interprété de manière fort différente selon s'il l'est par un tribunal français ou britannique. Le risque d'insécurité juridique lié à l'emploi de principes abstraits est réel : le propre des standards est de renvoyer à la culture. Ce risque pourrait être évité si un organe était chargé de l'interprétation uniforme de ces principes. Les idées sur ce point ne manquent pas, de la création d'un tribunal spécifique ¹⁵⁷ à l'extension des compétences de la Cour de Justice des Communautés européennes, mais force est de convenir que, malgré leur pertinence, elles ne sont pas pour l'heure, prêtes à être mises en œuvre.

65. Ces considérations ont entraîné des réactions pessimistes. Une des plus vives émane du professeur Denis Mazeaud qui parle de « leurre » à propos de « ce droit des contrats, sorti de l'imagination fertile d'universitaires convertis au mythe de l'harmonisation » ¹⁵⁸. Allant même plus loin, l'auteur affirme que : « si ce droit contractuel « transeuropéen », conçu par une brochette d'universitaires s'adonnant aux délices de la codification, apparaît comme un droit virtuel, un droit qui se conjugue plus au futur qu'au présent, c'est moins parce qu'il serait un droit savant, voire dogmatique, que parce qu'il souffre d'un déficit chronique d'autorité, d'intensité, et qu'il est promis, dans l'esprit de certains, à une absence fatale d'unité » ¹⁵⁹.

¹⁵⁶ - MAZEAUD (D.), A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando, *op. cit.*, pp. 205-218. MAZEAUD (D.), La Commission Lando: point de vue d'un juriste français, *op. cit.*, p. 145.

¹⁵⁷ - En ce sens : MAZEAUD (D.), La commission Lando : le point de vue d'un juriste français, *op. cit.*, p. 146. JAMIN (C.), Un droit européen des contrats, *op. cit.*, p. 56, n° 20.

¹⁵⁸ - MAZEAUD (D.), A propos du droit virtuel des contrats: réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando, *op. cit.*, p. 207.

¹⁵⁹ - MAZEAUD (D.), La commission Lando : le point de vue d'un juriste français, *op. cit.*, p. 144.

S'il n'est pas réaliste de se référer uniquement aux travaux d'Unidroit pour évaluer le succès futur des principes Lando - ce que nous nous gardons de faire - il est quand même possible répondre aux plus pessimistes que les Principes Unidroit, eux aussi totalement dépourvus de valeur obligatoire et d'un organe chargé de leur interprétation uniforme, n'en ont pas moins rencontré un véritable succès dans la pratique commerciale. Nous l'avons indiqué les principes applicables aux contrats internationaux ont été à plusieurs reprises appliqués en tant que *lex mercatoria* et ont, par ailleurs, servi de modèle à différents législateurs nationaux et internationaux tout en n'ayant jamais été intégré dans un instrument juridique à valeur obligatoire. Le recours à des moyens non législatifs d'harmonisation est de plus en plus fréquent tant au niveau régional qu'international, on peut donc en déduire que l'absence de valeur juridique obligatoire n'est pas incompatible avec un réel impact des textes sur l'évolution du droit.

§2 – LE RÔLE EFFECTIF DES PRINCIPES

66. Les principes Lando, malgré leur caractère incitatif, n'en ont pas moins plusieurs rôles à jouer. Ils sont d'abord destinés à régir des relations contractuelles, rôle primaire (I) qu'ils peuvent remplir grâce à la seule volonté des parties contractantes. Mais ils doivent aussi servir de relais doctrinal à l'élaboration du droit communautaire des contrats. Ce rôle dérivé (II) assigné au texte se révèlera être le plus significatif en pratique.

I – Le rôle primaire

67. Les mécanismes visant à « faire entrer les règles qu'ils contiennent dans la juridicité des contrats »¹⁶⁰, sont contenus dans l'article 1.101. Il convient, avant d'entrer dans le détail de cette disposition, de constater sa similarité avec le préambule des principes Unidroit. Le texte relatif à leurs modes d'application est quasiment identique dans les deux corps de règles.

68. Le premier paragraphe évoque un rôle pour l'instant hypothétique des principes puisqu'il prévoit leur application en tant que « règle générale du droit des contrats dans l'Union européenne ». A ce jour, le texte n'a pas acquis l'autorité nécessaire pour pouvoir prétendre à une telle appellation.

¹⁶⁰ - Selon l'expression employée par Philippe Kahn. Voir : KAHN (P.), Droit européen des contrats, à propos des principes Lando, in : *Etudes européennes et internationales en hommage à C. J. Berr*, CUREI, 1996, p. 182.

69. Le deuxième paragraphe prescrit que les principes trouveront à s'appliquer en cas de volonté expresse des parties. C'est l'objectif immédiat de la Commission Lando. L'introduction du texte affirme que l'utilité des principes pour « les parties établies ou faisant le commerce dans des Etats différents et qui souhaitent que leurs relations soient régies par un ensemble de règles neutres, indépendantes de tout système national et s'appuyant sur les meilleures solutions offertes par les droits des pays d'Europe – et parfois d'ailleurs »¹⁶¹. Dans cet objectif, les principes ont vocation à s'appliquer lorsque, dans un contrat donné, les parties auront inclus une clause du type : « Le présent contrat est soumis aux principes du droit européen du contrat ». Dans ce cas, et sous réserve du respect de l'ordre public, il n'y a aucune raison pour que le juge du contrat, judiciaire ou arbitral, n'applique pas les principes. Mais cette application peut aussi résulter de la volonté implicite des parties. On pourra la deviner si les parties sont convenues que leur contrat est soumis à la *lex mercatoria*, aux principes généraux du droit ou si elles ont utilisé une expression similaire¹⁶². Il ne s'agit ici que d'une application spécifique du principe de la liberté contractuelle.

70. Enfin, l'objectif est plus ambitieux, les principes sont susceptibles de s'appliquer lorsque les parties n'ont pas désigné la loi applicable à leur contrat même de façon implicite¹⁶³ ou bien lorsque le système applicable est lacunaire¹⁶⁴. C'est ce que le professeur Tallon appelle le rôle de « bouche-trou »¹⁶⁵ : le juge ou l'arbitre chargé de faire appliquer le contrat est invité à se servir du texte des principes afin de combler les lacunes de la loi applicable au contrat. Comme le précise le commentaire qui suit l'article 1.101 cette pratique est conforme à la réalité de nombreuses juridictions qui vont chercher dans des décisions ou des écrits étrangers une solution que le droit applicable ne saurait résoudre. Le préambule du texte des principes Unidroit prévoit précisément le même rôle de complément.

71. Deux remarques peuvent être faites concernant les mécanismes d'application du texte. Tout d'abord, à cause de l'absence de valeur obligatoire, il ne trouvera pas à s'appliquer si les parties en ont convenu autrement. La force obligatoire des principes dépend donc largement de la volonté des parties d'y soumettre leur contrat. Par ailleurs, dans le cas contraire, l'application du texte est tout de même laissée à la bonne volonté du juge ou de l'arbitre chargé de faire appliquer ou d'interpréter le contrat. C'est pourquoi le rôle des principes dépendra, pour l'essentiel, de leur force de persuasion, au regard des

¹⁶¹ - *Les Principes du droit européen du contrat - L'exécution, l'inexécution et ses suites*, op. cit., p. 18.

¹⁶² - C'est ce que prévoit l'article 1.101-3a des Principes.

¹⁶³ - *Ibid*, article 1.101-3b.

¹⁶⁴ - *Ibid*, article 1.101-4.

¹⁶⁵ - TALLON (D.), Les travaux de la Commission Lando, op. cit., p. 122.

parties contractantes et au regard du juge. Et pour l'instant, cette force de persuasion ne leur a pas permis de se trouver appliqués en pratique. Mais nous manquons très certainement de recul pour apprécier pleinement l'impact pratique du texte. Comme nous l'avons déjà indiqué, le travail de la Commission Lando n'est pas encore entièrement achevé, la deuxième partie n'ayant toujours pas été publiée en français à l'heure actuelle. Dans ces conditions, il est difficile de demander à des parties contractantes ou à un juge d'appliquer les principes de façon spontanée. Le bilan devra être établi quelques années après la diffusion générale de l'ensemble du travail, et pas avant. L'importance de leur effet dérivé mérite, en revanche, d'être soulignée dès à présent, car elle, a d'ores et déjà, commencé à se faire jour.

II – Le rôle dérivé

72. Les sources formelles du droit, « dont le petit nombre implique qu'elles se retrouvent dans tous les ordres juridiques et se prêtent à la systématisation »¹⁶⁶, sont habituellement présentées comme étant la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine. La doctrine que l'on définit comme une « opinion écrite et scientifique qui fait autorité » ou plus précisément comme une « opinion communément professée par ceux qui enseignent le Droit (*communis opinio doctorum*) ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent sur le droit »¹⁶⁷, est difficilement considérée comme source de droit à part entière. Il ne s'agit ni d'une source directe¹⁶⁸, ni d'une source officielle de droit. Certains auteurs éminents vont même jusqu'à affirmer qu'il ne s'agit pas d'une source de droit mais simplement d'une « autorité »¹⁶⁹ ou du « simple reflet des sources véritables »¹⁷⁰.

73. Construction théorique privée, les principes Lando ont à l'évidence une nature doctrinale. Il s'agit bien d'une « opinion écrite et scientifique qui fait autorité », la qualité de leurs rédacteurs ne laissant aucun doute sur ce point. Evoquer leur impact sur le droit communautaire du contrat c'est forcément se pencher sur la question du rôle de la doctrine dans l'évolution du droit. Même en considérant la doctrine comme une source secondaire de droit, et sans entrer plus avant dans une controverse qui n'aurait pas sa place dans cette étude, on ne peut que constater l'influence de celle-ci sur le législateur. L'étude de

¹⁶⁶ - VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1998, p. 148.

¹⁶⁷ - CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2001, p. 304.

¹⁶⁸ - BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 70.

¹⁶⁹ - GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif – Essai critique*, Chevalier-Marescq & Cie, 1899, p. 438. CARBONNIER (J.) *Droit civil – Introduction*, PUF, Paris, 25^{ème} éd., 1997, p. 248.

¹⁷⁰ - L'expression est du professeur Atias qui en combat depuis longtemps le fondement. En ce sens voir : ATIAS (C.), *Réflexions sur les méthodes de la Science du droit*, D., 1983, I, 147, n° 10. Et : *Epistémologie juridique*, PUF, 1985, pp. 83-89.

l'achèvement de la codification du droit civil français est révélatrice du rôle éminent joué par la doctrine. Sans les Merlin de Douai, Sirey, Pothier ou Domat, l'adoption du Code civil aurait certainement pris des chemins beaucoup plus difficiles¹⁷¹. Les auteurs, les professeurs de droit ont contribué à ce que « le sentiment de l'existence d'une communauté nationale partageant un certain nombre de règles juridiques »¹⁷² puisse réellement progresser. Cette influence est particulièrement vivace dans le cas d'un vide législatif, puisque dès lors que « ni le législateur, ni le juge ne peuvent faire le droit [...] seule la doctrine se trouve en situation de s'en approcher »¹⁷³. Ainsi on a pu constater que l'apogée du rôle de la doctrine en France se situe avant les grandes codifications du XIX^{ème}, car comme le note le professeur Bergel « on ne peut défricher que des terrains vierges »¹⁷⁴. C'est dans ce cadre que les principes Lando puisent toute leur utilité. Leur objectif, à long terme, est bel et bien de servir de base à une future harmonisation communautaire du droit commun des contrats. Cet objectif affiché dans l'introduction du texte¹⁷⁵ passe nécessairement par le préliminaire des développements doctrinaux. A l'instar des *Restatements* américains qui laissent une grande place à la doctrine à travers les notes comparatives placées sous chaque article ou plus encore des Principes Unidroit, les travaux de la Commission Lando ont déjà engendré des controverses doctrinales stimulantes.

74. Mais le rôle qu'est amenée à jouer la doctrine peut se situer ailleurs. La publication des principes a entraîné des réactions doctrinales. Plusieurs ouvrages sont apparus sur le sujet¹⁷⁶, de nombreux colloques et articles de doctrine y sont totalement ou partiellement consacrés. L'importance de l'enseignement juridique européen a été soulignée sous cette influence¹⁷⁷, des cours ont vu le jour dans les universités européennes où les principes servent de matériel pédagogique¹⁷⁸. On pense aussi au projet du *Common Core of European Private Law*, mis en place par l'Université de Trento, qui a pour ambition d'essayer de dégager le dénominateur commun à tous les droits privés européen en matière de contrats mais aussi de responsabilité civile et de propriété. D'autres groupes ont travaillé à l'élaboration de règles uniformes en matière contractuelle, comme le groupe de Pavie, Académie des privatistes européens, qui a récemment publié un projet de Code des

¹⁷¹ - Voir en ce sens : HALPERIN (J.-L.), *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 32-33.

¹⁷² - *Ibid.*

¹⁷³ - ATIAS (C.), *Réflexions sur les méthodes de la science du droit*, *op. cit.*, n° 13, p. 148.

¹⁷⁴ - BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁷⁵ - Voir : *Les principes du droit européen du contrat - L'exécution, l'inexécution et ses suites*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁷⁶ - En langue anglaise essentiellement : KÖTZ (J.-H.), FLESSNER (A.), *European Contract Law*, Vol. 1 : Formation, Validity and Content of Contracts ; Contracts and Third Parties, Clarendon Press, 1997.

¹⁷⁷ - FORDER (C.) DE WITE (B.), *Le droit commun de l'Europe et l'enseignement juridique*, Kluwer, Maastricht, 1992, 764 p.

¹⁷⁸ - C'est le cas du projet de « Case Books for a Common Law of Europe », dirigé par W. Van Gerven, ancien avocat général à la CJCE, dont le premier volume a été publié en avril 1998. Voir : VAN GERVEN (W.) LEVER (J.) LAROCHE (P.) VON BAR (C.) VINEY (G.), *Tort Law, Scope of protection, Cases, materials and text on national, supranational and international Tort Law*, Hart publications, 1998, 494 p.

contrats¹⁷⁹. Comme l'affirme Denis Tallon, les principes « provoquent des discussions, des controverses » suscitent « un bouillonnement d'idée »¹⁸⁰. On peut donc légitimement penser qu'ils contribueront à la réalisation de la codification du droit commun des contrats au plan communautaire. Le droit savant ne peut pas se contenter de « la fonction subalterne de commentateur *a posteriori* »¹⁸¹. Pour autant, il ne faut pas ici faire preuve d'un enthousiasme excessif. Tout d'abord, l'étude de la bibliographie consacrée au texte révèle que la doctrine de tous les Etats membres n'a pas réagi de la même façon. Les auteurs italiens, britanniques et allemands ont été nombreux à observer le phénomène « Lando » ; les auteurs français nettement moins. En France, tous les auteurs ne partagent pas le point de vue du professeur Tallon. Examinant les Principes à travers les retombées doctrinales qu'ils ont pu susciter, le professeur Mazeaud affirme que comparés aux principes Unidroit, les principes Lando n'ont pas donné lieu à la « ferveur doctrinale espérée »¹⁸². Il évoque même, à juste titre d'ailleurs, le « silence assourdissant »¹⁸³ que la doctrine française a opposé à cette œuvre, et « la faiblesse de l'écho qu'ont pour le moment rencontré les principes imaginés par la Commission Lando »¹⁸⁴. Outre le fait que la réaction n'a pas été d'ampleur suffisante, il faut aussi constater qu'elle n'a pas été extrêmement positive. Certains auteurs ont réservé aux travaux de la Commission Lando un réquisitoire extrêmement sévère. Le professeur Jamin, qui a pourtant publié un ouvrage sur l'harmonisation du droit des contrats en Europe¹⁸⁵, cite Ledru-Rollin à propos des *Restatements* européens, affirmant : « improviser comme d'un jet une législation sans passé, c'est se condamner à d'inapplicables utopies »¹⁸⁶. Monsieur Raynard semble lui aussi réservé sur la fortune réservée aux Principes. Evoquant l'absence d'organe chargé de leur application, l'auteur affirme¹⁸⁷ : « Il sera permis de douter de la capacité unificatrice d'un texte usant largement de standards, le droit international privé nous ayant déjà enseigné que les divergences d'interprétation nationale de la règle uniforme pouvaient provoquer la résurgence d'un conflit de loi, là où précisément on ne l'attendait plus »¹⁸⁸. Alors que les internationalistes et les comparatistes envisagent sérieusement que les

¹⁷⁹ - *European Contract Code ; Preliminary draft*, Università di Pavia, 2001. A l'instar des Principes Lando, le texte contient des règles concernant la formation du contrat, son interprétation et son exécution. Voir : HARTAMP (A.) HESSELINK (M.), HONDIUS (E.), JOUSTRA (C.), DU PERRON (E.), *Towards a European Civil Code*, Kluwer, La Haye, 2^{ème} éd., 1998. Et pour une étude rapide : VON BAR (C.), *Le Groupe d'études sur un Code civil européen, RIDC*, 2001, pp. 127-139.

¹⁸⁰ - TALLON (D.), *Vers un droit européen du contrat*, in : *Mélanges Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 485.

¹⁸¹ - DELMAS-MARTY (M.), *Le phénomène de l'harmonisation - L'expérience contemporaine*, in : *L'harmonisation du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁸² - MAZEAUD (D.), *La commission Lando : le point de vue d'un juriste français*, *op. cit.*, p. 142.

¹⁸³ - Paradoxalement le professeur Mazeaud évoque aussi « la contemplation » des Principes du droit européen du contrat, MAZEAUD (D.), *A propos du droit virtuel des contrats...*, *op. cit.*, p. 205.

¹⁸⁴ - MAZEAUD (D.), *La commission Lando : le point de vue d'un juriste français*, *op. cit.*, p. 141.

¹⁸⁵ - Déjà cité : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, Paris, 2001, 178 p.

¹⁸⁶ - JAMIN (C.), *Un droit européen des contrats*, *op. cit.*, p. 57.

¹⁸⁷ - RAYNARD (J.), *Obs., RTDCiv*, 1998, p. 1009.

¹⁸⁸ - Voir en ce sens : LAGARDE (P.), *Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elle lieu à un conflit de loi ?*, *RCDIP*, 1964, p. 235.

principes puissent servir de base à l'harmonisation communautaire du droit commun des contrats, les critiques les plus sévères comme l'absence de réaction émanant des privatistes d'inspiration romano-germaniste, pour ne pas dire essentiellement des civilistes français.

75. La force de la doctrine consiste en ce qu'elle n'amplifie pas tous les faits qu'elle constate, « c'est elle qui choisit les objets de la connaissance juridique, avant d'en accroître l'importance en les portant à la connaissance de tous »¹⁸⁹. Au regard de l'importante bibliographie consacrée directement ou indirectement aux principes Lando dans tous les pays européens, on ne peut que se rallier à l'opinion du professeur Tallon concernant le bouillonnement d'idées auquel ces derniers donnent lieu. Il est indéniable que le texte a eu le mérite non négligeable de susciter le débat sur la formation du droit communautaire des contrats. Combien d'ouvrages ou d'articles sont apparus avant leur adoption concernant l'idée d'un droit communautaire des contrats ? Quasiment aucun¹⁹⁰. Il est devenu difficile de recenser ceux qui ont été publiés après 1995. Les réactions critiques, les commentaires pessimistes sont aussi à prendre en compte dans l'effet dérivé des principes ; ils sont la preuve de l'impact que peuvent avoir les principes dans l'évolution du droit européen du contrat. Le rôle de la controverse doctrinale dans la formation et l'évolution du droit est irremplaçable. Comme l'affirme le professeur Atias¹⁹¹, la controverse est inévitable, elle doit être pratiquée systématiquement, non seulement lorsque plusieurs auteurs ont effectivement des opinions opposées, mais encore dès lors que l'on se lance dans une étude approfondie d'une question apparemment réglée. Force est de constater que les travaux de la Commission Lando ont eu le mérite de mobiliser l'attention d'un grand nombre de juristes. Que ceux-ci soient ou non favorables aux propositions faites, ils sont obligés de prendre parti, de justifier leur position et donc de contribuer, bon gré mal gré, à l'évolution des mentalités.

76. Si aujourd'hui les principes ne peuvent en aucune façon s'apparenter à la loi, à la coutume ou à la jurisprudence, cet état des choses n'est pas pour autant définitif. Même les observateurs les plus réticents s'accordent sur ce point. C'est ainsi que le professeur Mazeaud convient qu'« en dépit de cette virtualité, tous ces principes ne sauraient sérieusement être tenus pour quantité négligeable ; il est probable, en effet, qu'ils constitueront le creuset des évolutions prochaines de notre droit des contrats et que l'esprit qui les anime, ne laissera pas insensible notre législateur et nos juges »¹⁹². Il ne peut, en outre, être absolument exclu que la pratique puisse à terme leur permettre d'acquérir une

¹⁸⁹ - ATIAS (C.), *Epistémologie juridique*, *op. cit.*, p. 87.

¹⁹⁰ - On ne peut citer que : HOUIN (R.), *Pour une codification européenne du droit des obligations*, Etudes juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière par ses élèves et ses amis, Dalloz, Paris, 1964 ; et GANDOLFI (G.) (Professeur à l'Université de Pavie), *in* : *RTDCiv*, 1992, pp. 707-736.

¹⁹¹ - ATIAS (C.), *Réflexions sur les méthodes de la science du droit*, *op. cit.*, p. 148, n°14.

¹⁹² - MAZEAUD (D.), *A propos du droit virtuel des contrats...*, *op. cit.*, p. 207.

valeur coutumière. L'influence de la pratique sur le droit contemporain est consacrée. Les usages et les méthodes des praticiens ont souvent comblé et même dérogé aux dispositions législatives. Ceci est particulièrement vrai en matière contractuelle. Lorsque la pratique se répète dans les mêmes termes suffisamment souvent, elle finit par constituer le droit effectif. Le professeur Bergel insiste sur le rôle de la pratique dans l'évolution du droit positif ¹⁹³, il écrit : « Si ce ne sont pas de véritables sources de droit, leur contribution à l'édification de l'ordre juridique est devenue très importante. Le rôle de la pratique peut alors se rattacher à la coutume quand il s'agit d'usages conventionnels, à la jurisprudence quand il s'agit de la pratique judiciaire ou à la loi lorsqu'elle inspire son élaboration ou sa modification ». L'une des hypothèses vraisemblables concernant les principes Lando est qu'ils pourraient servir de base à l'adoption d'un texte communautaire, au même titre que la Convention de Bruxelles, par exemple.

77. Suite aux conclusions du Conseil européen de Tampere relatives à l'établissement d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice » qui indiquaient : « en ce qui concerne le droit matériel, une étude générale doit être réalisée sur la nécessité de rapprocher la législation des Etats membres en matière civile afin d'éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles » la Commission européenne a adopté une communication « concernant le droit européen des contrats ». Ce texte vise à susciter le débat sur l'opportunité et les méthodes d'une « action communautaire plus étendue en matière de droit des contrats » ¹⁹⁴. Il est indéniable que les principes Lando et l'ensemble des réactions doctrinales et institutionnelles qu'ils ont su déclencher ont contribué à l'adoption d'un tel texte. Dans sa communication, la Commission européenne présente un certain nombre d'options concernant le développement de l'action communautaire et appelle au débat sur ce point « en encourageant les contributions des consommateurs, des entreprises, des organismes professionnels, des administrations et des institutions publiques, du monde universitaire et de toutes les parties intéressées » ¹⁹⁵. Parmi les options envisagées, qui vont de l'absence d'action à l'adoption d'un nouvel instrument juridique communautaire, la Commission évoque la promotion des travaux doctrinaux déjà réalisés en cette matière : « Les travaux existant dans ce domaine pourraient être utilisés et

¹⁹³ - Voir en ce sens : BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du Droit*, op. cit., pp. 73-76.

¹⁹⁴ - Communication du 11 juillet 2001, COM (2001) 398 final, p. 6.

¹⁹⁵ - Les réactions à cette communication de la Commission, qui sont disponibles sur le site internet de l'Union européenne, confirment le peu d'intérêt des Français pour le sujet. Ces réponses sont classées en 5 catégories : gouvernements, milieu des affaires, associations de consommateurs, praticiens du droit et corps enseignant. Seules deux réponses de praticiens (un docteur en droit et une association de notaires) et une seule émanant du système universitaire ont été enregistrées. Cette défaillance est d'autant plus remarquable que les réactions des entreprises, praticiens et universitaires des autres Etats membres ont été nombreuses et fournies. Elle s'explique en partie par le délai particulièrement bref fixé par la Commission, et la période choisie correspondant à l'interruption estivale des activités universitaires. Voir : www.Europa.eu.int/comm/consumers.

développés, notamment les résultats d'études académiques et des conclusions élaborées dans les instances universitaires internationales »¹⁹⁶. Il ne fait aucun doute que les principes du droit européen du contrat font partie intégrante des travaux que vise l'institution puisque, parmi les travaux des « universitaires de premier plan », la Commission cite essentiellement les principes du droit européen du contrat¹⁹⁷. L'institution communautaire envisage l'utilisation de ces travaux par les parties contractantes et les tribunaux et arbitres chargés de l'application des contrats qu'elles ont conclus, la création d'un droit coutumier « moyennant une application constante et de longue date, ainsi que l'existence d'une conviction commune »¹⁹⁸ et enfin la diffusion large de ces principes communs « parmi ceux qui sont censés les respecter, ce qui garantirait une application cohérente et uniforme »¹⁹⁹. Il ne fait donc aucun doute que, dans l'esprit de la Commission, les Principes sont susceptibles de servir de modèle, direct ou indirect, au développement d'un futur droit communautaire des contrats.

78. En attendant, il est un rôle que les principes Lando remplissent déjà à merveille : celui de référence de droit comparé en matière contractuelle. Les commentaires qui suivent chaque disposition du texte sont particulièrement riches en éléments de droit comparé. Tous les points caractéristiques d'un concept ou d'un principe font l'objet d'une comparaison fort utile à l'ensemble de la communauté des juristes. On peut citer, à titre d'exemple, les développements consacrés à la bonne foi ou à la théorie de l'imprévision. Or, il est indéniable que le droit comparé est l'instrument indispensable de l'harmonisation des droits. Déjà Saleilles et Lambert, au début du XX^{ème} siècle, faisaient du droit comparé un facteur de progrès²⁰⁰. Seule une connaissance des systèmes en présence, dans leur généralité, peut permettre de limiter les conséquences des diversités nationales pour ensuite établir les principes du *jus commune* européen en matière contractuelle²⁰¹. Le rôle du droit comparé passerait ainsi de celui « d'informateur sur un droit étranger à celui d'un collaborateur dans la définition d'un droit commun »²⁰². Ce dernier ne pourra résulter que de la confrontation des systèmes en présence. Il s'agit, au travers du travail doctrinal, de « prévenir la formation de conceptions artificielles, faisant croire à l'existence de barrières insurmontables entre les droits des différents pays, et de prendre conscience des parallélismes qui existent véritablement entre les différents droits »²⁰³. C'est dans le même

¹⁹⁶ - COM (2001) 398 final, p. 15.

¹⁹⁷ - *Ibid*, p. 5, note n°8.

¹⁹⁸ - *Ibid*, p. 16.

¹⁹⁹ - *Ibid*, p. 16.

²⁰⁰ - JAMIN (C.), Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité, *RIDC*, 2000, p. 733.

²⁰¹ - Pour une étude du rôle du droit comparé dans le rapprochement des droits des contrats européens, voir : BERGER (K.P.), Harmonisation of European contract Law ; The influence of Comparative Law, *ICLQ*, 2001, vol. 50, pp. 877-900.

²⁰² - SCHULZE (R.), Le droit privé européen, *RIDC*, 1995, p. 7 et s.

²⁰³ - SACCO (R.), Définitions savantes et droit appliqué dans les pays romanistes, *RIDC*, 1965, p. 612.

esprit qu'un large courant de la doctrine plaide en faveur de la constitution d'une authentique communauté européenne de juristes capable de dialoguer entre-eux sans être contraints par le prisme d'une éducation juridique purement nationale²⁰⁴. C'est ce que voulait faire savoir René David, dès 1978, lorsqu'il affirmait : « Lorsqu'il sera devenu naturel et normal de rechercher et faire connaître, à propos de diverses questions, les solutions que ces questions ont reçues dans les différents pays, et plus particulièrement dans les pays auxquels nous nous sommes associés en Europe, un grand chemin aura été parcouru pour reconstituer un *jus commune* européen »²⁰⁵. Le droit a plus de chance d'être appliqué lorsqu'il est enseigné et les principes Lando avec l'ensemble des réactions doctrinales qu'ils ont suscitées ont frayé le chemin en ce sens. Dès lors la critique formulée par Denis Mazeaud, selon lequel « cette compilation doctrinale [...] ne peut prétendre à rien d'autre que d'exercer une influence plus ou moins diffuse sur les mutations et les évolutions qui affecteront l'univers contractuel »²⁰⁶ n'en est pas vraiment une. Dire ceci c'est considérer que les principes constituent un laboratoire idéal pour le développement du droit commun contractuel en Europe, ce qui est précisément leur vocation.

79. L'analyse matérielle des résultats des travaux de la Commission Lando conduit à considérer les principes du droit européen du contrat comme un corps de règles susceptibles de constituer la base d'un droit commun des contrats au plan communautaire. Si ce corps de règles n'a aucune valeur juridique, le but affiché des Principes est bien d'incarner le droit communautaire en matière contractuelle. Pour ce faire il faudrait que les autorités communautaires décident d'adopter ces derniers, en tout ou partie, sous une forme plus ou moins contraignante : convention, règlement, directive, recommandation... Pour l'heure, ces différentes hypothèses ne constituent que des options même si elles sont prises fort au sérieux par les institutions communautaires comme en atteste la récente communication de la Commission. Les principes ne représentent donc qu'un modèle proposé aux acteurs de la planète contractuelle, dont il est difficile d'évaluer les effets. Dès lors, tout en gardant à l'esprit leur apport significatif, c'est par l'étude du droit positif communautaire que passe l'interrogation sur l'existence d'un droit commun du contrat.

²⁰⁴ - En ce sens : DE VITA (A.), Au croisement des itinéraires des droits européens. Analyse comparative en matière de responsabilité civile : tentative et tentation, *in* : *Droit global*, sous la dir. de L. VOGEL, Panthéon Assas, 2001, pp. 73-95.

²⁰⁵ - DAVID (R.), Le droit continental, la *Common Law* et les perspectives d'un *jus commune* européen, *in* : Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe, sous. la dir. de Mauro CAPPELLETTI, Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 133.

²⁰⁶ - MAZEAUD (D.), A propos du droit virtuel des contrats..., *op. cit.*, p. 206.

CHAPITRE 2

L'INSUFFISANCE DU DROIT POSITIF

80. L'Union européenne dispose d'un modèle de droit commun des contrats constitué par les principes Lando. Mais ce modèle a-t-il rempli son office ? L'Europe s'est-elle dotée d'un texte comparable ? Plus précisément, existe-t-il parmi les actes communautaires qui disposent d'une valeur juridique, un texte spécifique ou un ensemble de textes contenant les règles générales applicables aux contrats sans distinction de nature ? Le droit communautaire a-t-il réglementé la formation des contrats, leur interprétation, leur validité et leurs effets sans se placer dans le cadre d'un contrat particulier ? Force est de constater que la réponse à cet ensemble de questions ne peut qu'être négative. L'étude de l'acquis communautaire en matière contractuelle révèle assez rapidement que le droit commun des contrats constitue « l'angle mort » du droit communautaire des contrats (Section 1). L'inexistence de règles de droit commun dans le droit positif communautaire est indéniable et s'accompagne d'une relative indifférence de la doctrine. Des raisons fort diverses peuvent être avancées. La construction de la culture juridique communautaire et la question des compétences communautaires y figurent au premier plan. Il convient, afin d'établir leur réalité respective, d'envisager les diverses justifications avancées (Section 2).

Section 1

LE DROIT COMMUN :

« ANGLE MORT » DU DROIT POSITIF

81. Pour affirmer l'existence d'un droit commun en matière contractuelle au sein du droit positif communautaire il faut pouvoir justifier de l'existence d'un ou plusieurs textes pouvant être qualifiés comme tels. Or, l'inexistence d'un texte spécifique est manifeste et si certains s'apparentent, par leur contenu matériel, à des dispositions figurant classiquement dans le droit commun des Etats, ils ne peuvent, eu égard à leur nature et à leur champ d'application, pallier cette lacune. Dans ces conditions, on ne peut qu'établir un constat négatif (§1). Des conséquences d'ordre théorique et pratique résultent nécessairement de cette situation et ne sauraient être négligées (§2).

§1 – LE CONSTAT NÉGATIF

82. Si elle est manifeste, l'absence de textes pouvant constituer un droit commun des contrats doit quand même être démontrée (I). Certaines directives communautaires ont un contenu très proche des règles de droit commun mais sont dotées d'un champ d'application restreint qui ne leur permet pas de revendiquer cette appellation. L'existence de ces textes, que l'on peut situer « à la frontière » entre droit commun et droit spécial (II), mérite aussi une analyse car ils touchent, comme aucun autre, à la substance du droit des contrats.

I - L'absence de textes pouvant constituer un droit commun des contrats

83. La part du droit des contrats que l'on nomme « droit commun des contrats », est assez facilement identifiable : il s'agit de l'ensemble des règles qui sont applicables à tous les contrats, quelle que soit leur nature. Traditionnellement un texte ne peut prétendre constituer le droit commun des contrats dans un ordre juridique donné que s'il contient un ensemble de dispositions régissant l'essentiel des questions soulevées par le processus contractuel, indépendamment de la nature du contrat en cause. La formation et les effets du contrat constituent les deux grands axes de cette matière. L'une des questions essentielles soulevées par la formation de l'acte contractuel est celle de la validité de celui-ci. Sont à ce titre réglementés, dans les différents systèmes juridiques, le consentement des parties et les circonstances qui le vicie (erreur, dol et violence), mais aussi la possibilité de contracter au nom d'autrui. La capacité des parties pour contracter valablement constitue aussi l'un des « passages obligés » des droits communs nationaux. La question de l'objet du contrat, ainsi que celle de la cause des obligations constitue sans nul doute l'un des points essentiels de la plupart des réglementations nationales. La question des effets du contrat donne lieu à de nombreuses dispositions et sont envisagés en détail les questions liées à l'inexécution des obligations contractuelles et ses conséquences avec des développements relatifs à la responsabilité contractuelle et aux clauses pénales. L'ensemble des droits des Etats membres correspond à ce schéma, même si la méthode employée et l'importance accordée aux différentes questions peuvent considérablement varier d'un Etat à l'autre. En droit français, le droit commun des contrats recouvre les dispositions du Titre troisième du Livre III du Code civil intitulé « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général », c'est-à-dire les articles 1101 à 1369. Le BGB allemand ne comprend pas une subdivision rassemblant toutes les dispositions applicables au contrat car celles-ci sont dispersées dans la Partie générale du texte, mais il existe bien un ensemble de règles qui s'appliquent indistinctement à tous les contrats²⁰⁷. Le droit anglais, enfin, même fortement marqué de particularismes, régit la plupart

²⁰⁷ - Pour plus de détails, voir : PEDAMON (M.), *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, Paris, 1993, 245 p.

de ces questions²⁰⁸. Au plan international, le contenu de certains textes permet d'utiliser l'appellation de droit commun des contrats et cela, nous l'avons vu, nonobstant leur caractère purement incitatif : c'est le cas des principes Unidroit et des principes Lando. En effet, hormis les questions trop sensibles de la licéité du contrat au regard de son objet ou de la cause des obligations ou de la capacité des parties, les principes du droit européen du contrat correspondent aussi à ce contenu matériel.

84. Pour pouvoir affirmer que l'ordre juridique communautaire comprend des dispositions constituant un droit commun des contrats, il faudrait pouvoir justifier de l'existence de l'ensemble des règles décrites ci-dessus dans un texte unique, dans un ensemble de textes voire même dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. Or une telle affirmation n'est pas possible. Si le législateur communautaire est bien intervenu en matière contractuelle, aucun des textes adoptés par les autorités communautaires ne peut revendiquer l'appellation de « droit commun des contrats ». L'ensemble des textes communautaires touchant directement au droit des contrats est relativement étoffé : au moins une dizaine de directives et autant de règlements. Pourtant, cet ensemble ne saurait constituer le droit commun des contrats pour le territoire communautaire. Parmi ces textes, certains contiennent pourtant des règles relatives à la formation du contrat, au consentement des parties ou à la forme de l'acte. Le contenu matériel de ces règles pourrait permettre de les rapprocher de celles des droits communs nationaux. Certaines directives indiquent la teneur des informations à fournir par l'une des parties au stade de la négociation du contrat, consacrant un devoir d'information pré-contractuelle : c'est le cas notamment de la directive concernant les voyages, vacances et circuits à forfait²⁰⁹. L'article 3 de ce texte dispose que toute brochure communiquée au consommateur doit contenir un certain nombre d'informations relatives au forfait touristique proposé. D'autres contiennent des dispositions relatives à la forme du contrat. C'est ainsi que, contrairement au principe du consensualisme, l'article 4 de la directive sur le crédit à la consommation²¹⁰ prévoit que le contrat doit revêtir la forme écrite pour être valable. Si ce type de dispositions peut matériellement se rapprocher de celles contenues dans les droits communs nationaux, les textes qui les contiennent n'en constituent pas pour autant le droit commun de l'Union européenne, car ils disposent tous d'un champ d'application restreint. Le plus souvent la restriction se fait *ratione materiae* : le texte ne s'applique qu'à un type de contrat tels le contrat de crédit, certains contrats de tourisme, le contrat d'agence commerciale, le contrat de franchise... Mais nombreux sont les textes qui en plus, ont un champ d'application réduit *ratione personae*, ne s'appliquant qu'en présence d'une catégorie particulière de contractants : dans la plupart des cas les consommateurs. A titre d'illustration, il est possible de citer la directive sur l'utilisation à temps partiel de biens

²⁰⁸ - Pour plus de détails, voir : MONTANIER (J.-C.), SAMUEL (G.), *Le contrat en droit anglais*, Presses Universitaires de Grenoble, 1999, 143 p.

²⁰⁹ - Directive 90/314, du 13 juin 1990, *JOCE* n° L-158 du 23/06/90 pp. 59-64. Voir : annexe B de la thèse.

²¹⁰ - Directive 87/102, du 22 décembre 1986, *JOCE* n° L-42 du 12/02/87 pp. 48-53. Voir : annexe B de la thèse.

immobiliers²¹¹, qui vise un contrat spécial, le contrat de *timeshare*, et un contractant particulier, le consommateur. A l'évidence, ces différents textes ne peuvent donc pas être considérés comme des éléments d'un hypothétique droit commun des contrats. D'autres textes posent en revanche de réels problèmes quant à leur classification. On doit considérer qu'ils se situent « à la frontière » du droit commun des contrats.

II - L'existence de textes « à la frontière » entre droit commun et droit spécial

85. Parmi les textes qui pourraient *a priori* faire partie des dispositions du droit commun communautaire figurent deux catégories de textes. Dans la première sont à classer les directives qui concernent certaines techniques contractuelles (A). Dans la seconde ne figure qu'un texte : la directive sur les clauses abusives (B).

A – Les directives concernant certaines techniques contractuelles

86. Plusieurs directives régissent les contrats par le biais de certaines techniques contractuelles. Les directives relatives aux contrats négociés à distance ou en dehors des établissements commerciaux ont un caractère horizontal puisqu'ils ne s'appliquent pas en présence de contrats spécifiques²¹². Bien sûr, certains contrats sont exclus de leurs champs d'application respectifs, mais les deux directives ont vocation à régir un panel assez large de contrats. Ces textes ont pour objectif de réglementer certaines méthodes de négociation contractuelle jugées agressives, et non tel ou tel contrat spécifique. En ce sens la directive concernant les contrats négociés à distance impose une double obligation d'information, pré-contractuelle et contractuelle²¹³. Les deux directives prévoient un droit de rétractation au profit de l'un des contractants²¹⁴. L'émission d'un consentement libre et éclairé constitue dans les divers droits nationaux, l'une des questions clés du droit commun des contrats. Pour qu'un contrat soit valablement formé, au regard du principe de l'autonomie de la volonté, il faut que l'engagement de chacune des parties soit libre et intervenu en parfaite connaissance de cause.

²¹¹ - Directive 94/47, du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, *JOCE* du 29/10/1994, n° L-280, pp. 83-87. Voir : annexe B de la thèse.

²¹² - Directive 85/577 du 20 décembre 1985 relative à la protection des consommateurs dans le cas des contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, *JOCE* n°L-372 du 31/12/1985, pp. 31-33 et directive 97/7 du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance, *JOCE* n° L-144 du 4/07/1997 pp. 19-25. Voir : annexe B de la thèse.

²¹³ - Articles 4 et 5 de la directive 97/7 déjà citée.

²¹⁴ - Articles 5 de la directive 85/577, et article 6 de la directive 97/7 concernant les contrats conclus à distance.

Il est donc légitime de penser que les dispositions des deux directives communautaires sont des éléments constitutifs d'un droit commun des contrats au plan communautaire, visant à protéger le consentement des contractants dans certaines situations. Ce serait oublier que ces textes ne concernent que les contrats conclus par des consommateurs. Il est en effet expressément prévu par l'article 1^{er} de chacune des deux directives que celles-ci trouveront à s'appliquer lorsque l'un des deux contractants a la qualité de consommateur. Il ne s'agit donc pas d'une réglementation générale du consentement des parties face à une technique contractuelle agressive mais bel et bien d'une réglementation consumériste. Or il n'est pas possible de conclure en qualité de consommateur tous les contrats sans distinction de nature. Parce qu'un consommateur est une personne qui contracte pour assouvir un besoin domestique, certains contrats sont exclus du champ d'application d'une réglementation consumériste, soit que par nature ils n'interviennent qu'entre professionnels, soit que la notion de consommateur ne peut avoir de rôle à jouer dans ce type de contrat. Par ailleurs, encore aujourd'hui, assez peu de contrats sont conclus par le biais des techniques contractuelles en cause, en dehors des contrats de consommation. Ainsi le champ d'application « virtuel » des deux textes se révèle lui aussi plutôt réduit. Il paraît donc impossible de ranger de tels textes dans les éléments constitutifs d'un droit commun des contrats au plan communautaire.

87. Deux autres textes visant des moyens spécifiques de conclusion des contrats se trouvent dans une situation encore plus originale au regard de la distinction entre droit commun et droit spécial : la directive 1999/93 sur les signatures électroniques²¹⁵ et la directive 2000/31 sur le commerce électronique²¹⁶. Les deux textes ne voient pas leur champ d'application limité aux seuls contrats passés par des consommateurs. Il serait donc facile de penser ces textes comme des prescriptions du droit commun des contrats relatives à la formation du contrat. Concernant la première directive, cette affirmation est en partie exacte. Sans toutefois être destinée à couvrir « les aspects liés à la conclusion et à la validité des contrats », la directive pose un principe dont l'influence sur le droit des contrats est essentielle : celui de l'équivalence juridique entre les signatures manuscrites et les signatures électroniques²¹⁷. Les autres dispositions ont pour but de rendre effective cette reconnaissance en organisant la fiabilité des systèmes de signatures électroniques. Si l'influence sur le droit des contrats est ici très

²¹⁵ - Directive 1999/93, 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *JOCE*, du 19/01/2000, n° L-013, pp. 12-20. Voir : annexe B de la thèse.

²¹⁶ - Directive 2000/31 du 20 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, *JOCE*, du 17/07/2000, n° L-178, pp. 1-16. Voir : annexe B de la thèse.

²¹⁷ - Les autres dispositions de la directive sont relative aux définitions, puisque la notion même de signature ne recouvre pas les mêmes réalités dans les systèmes juridiques gouvernés par la *Common Law* et dans les droits français ou luxembourgeois et établissent un cadre pour assurer la sécurité de ces signatures.

ponctuelle, elle n'en revêt pas moins une importance significative tant on connaît l'importance de la question de la signature dans la formation et la preuve des engagements contractuels ²¹⁸.

88. La directive concernant le commerce électronique ne touche que très légèrement au droit des contrats. Le texte lui-même indique « Les services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne... » ²¹⁹. Les Etats membres se voient obligés de rendre possible la conclusion de contrats en ligne et de ne pas priver d'effet et de validité les contrats ainsi passés. Une obligation d'information pré-contractuelle est mise à la charge du prestataire de service ²²⁰ et des règles sont établies pour garantir la sûreté des commandes passées sous cette forme ²²¹. Etant donné que le champ d'application de ce texte ne se limite pas aux seules relations entre professionnel et consommateur, il est possible d'imaginer, *a priori*, qu'il s'agit de règles de droit commun concernant la formation des contrats. Pourtant, les rares dispositions qui ont une incidence directe sur la relation contractuelle, qui viennent d'être évoquées, ne revêtent un caractère obligatoire que lorsque le destinataire du service est un consommateur ²²². On voit donc ressurgir, dans une directive à l'origine non consumériste, des dispositions spécialement destinées aux consommateurs. On peut donc conclure qu'un dépit de la vocation générale du texte, celui-ci ne peut être analysé que comme procédant d'une approche sectorielle. Une remarque équivalente pourra être faite pour un texte pourtant présenté comme le plus général des textes communautaires relatifs aux contrats : la directive sur les clauses abusives.

B – La directive sur les clauses abusives

89. La directive sur les clauses abusives ²²³ constitue le texte revêtant le caractère le plus horizontal, puisqu'il ne s'applique ni à un type de contrat particulier ni à un mode de conclusion des contrats spécifiques. Mais, comme pour les directives précédemment citées, les dispositions du texte s'appliquent uniquement lorsque l'un des contractants est un consommateur ²²⁴. Le contenu des dispositions de la directive, les mécanismes utilisés pour la protection contre les clauses abusives se rapprochent des règles des droits communs nationaux. Le texte impose un certain formalisme informatif, contient une règle d'interprétation des contrats bien connue des droits nationaux, le principe *contra proferentem*, aussi contenu dans

²¹⁸ - PRUM (A.), L'acte sous seing privé électronique : réflexions sur une démarche de reconnaissance, in : *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, pp. 255-276 ; CATALA (P.), Ecriture électronique et actes juridiques, in : *Mélanges Michel Cabrillac*, op. cit., pp. 91-104.

²¹⁹ - Considérant n°18 de la directive 2000/35.

²²⁰ - Article 10 de la directive 2000/35.

²²¹ - Article 11 de la directive 2000/35.

²²² - C'est ce qui ressort de la formulation suivante : « les Etats membres veillent à ce que, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, [...] ».

²²³ - Directive 93/13 du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE* du 21/04/93, n° L-95 pp. 29-34. Voir : annexe B de la thèse.

²²⁴ - Article 1 de la directive 93/13.

le Code civil français comme dans les principes du droit européen du contrat. La nullité vient sanctionner les clauses réputées abusives, et le texte régit le sort du contrat qui contient de telles clauses. Les similitudes de domaine et de nature sont fortes entre le texte de la directive et les règles générales du Code civil français ou du BGB allemand. La tentation est grande d'admettre que la directive 93/13 représente un des éléments constitutifs du droit commun des contrats. D'autant que, si le champ d'application « virtuel » des directives « contrats à distance » et « contrats négociés en dehors des établissements commerciaux » était assez restreint, la situation est différente concernant la directive « clauses abusives ». Celle-ci vise à protéger un contractant lorsque celui-ci n'a pas été mis en mesure de négocier les clauses contractuelles auxquelles il a adhéré. Les dispositions de la directive communautaire s'appliquent donc aux clauses contractuelles n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle. Ce type de dispositions se retrouve dans les contrats dits « contrats d'adhésion », particulièrement répandus dans les contrats de consommation, mais ne sont pas exclusivement contenues dans ceux-ci. En raison du développement de la dépendance économique, les contrats d'adhésion se sont aussi développés dans les relations entre professionnels, la distribution étant leur domaine de prédilection. C'est pourquoi certains droits nationaux protègent tous les contractants contre les clauses abusives, indépendamment de la qualité de consommateur, dès lors que l'on se trouve en présence d'un contrat d'adhésion²²⁵. La plupart des droits nationaux ont, en ce sens, transposé la directive communautaire dans le cadre des dispositions générales de leur droit des contrats. La loi de transposition française figure aussi bien dans le Code de la consommation que dans le Code civil, et la plupart des auteurs traitent de la protection contre les clauses abusives dans les manuels consacrés au droit commun des contrats. La directive « clauses abusives », possède donc des caractéristiques qui pourraient en faire un élément du droit commun des contrats : la nature des règles qu'elle édicte qui se rapprochent comme aucunes autres de celles des droits communs des Etats membres, et sa « potentialité à la généralisation ». Dans une moindre mesure, la même remarque peut être faite pour les directives protégeant le consommateur lors de la conclusion de contrats par la voie d'une technique spécifique.

90. Cette constatation amène à se poser la question de la place des règles protectrices des consommateurs dans le droit des contrats. S'appliquant exclusivement à certains contrats, ceux conclus par des consommateurs, ces règles sont empreintes de particularisme et semblent n'être que des règles spéciales. Mais, servant le plus souvent de fondement à des dérogations aux règles du droit commun et s'appuyant sur des mécanismes empruntés à celui-ci (obligation d'information, droit de rétractation...) ces règles peuvent logiquement être regardées comme

²²⁵ - C'est le cas du droit civil allemand depuis la loi du 9 décembre 1976. Le nouveau Code civil du Québec ne distingue pas non plus en fonction de la qualité de consommateur et étend la protection contre les clauses abusives à tous les contrats d'adhésion. Le droit anglais, quant à lui, ne limite pas la lutte contre les clauses abusives aux seuls contrats d'adhésion, mais sanctionne de façon générale les clauses déloyales. En ce qui concerne la solution française, voir : §288.

des règles générales. La doctrine d'influence romano-germaniste parvient difficilement à trouver une place autonome aux règles protégeant le contractant-consommateur et concluent, le plus souvent, qu'il s'agit de « règles à mi-chemin de la théorie générale et des règles spéciales »²²⁶. En ce sens, l'influence du droit communautaire sur les droits nationaux est réelle : source de nombreuses règles consuméristes, il ne se contente pas de s'inscrire dans la tendance actuelle à la spécialisation du droit des contrats mais participe activement à la relativisation de la distinction entre droit commun et droit spécial. Ce lien entre droit communautaire et droit national des contrats méritait d'être souligné en dépit de toutes les critiques qu'il ne cesse d'entraîner. Mais il s'agit d'une question qui dépasse largement le cadre de cette étude et nous ne pouvons que constater l'existence de textes « à la frontière du droit commun des contrats » même si on ne peut que regretter que le législateur communautaire n'ait pas envisagé de protéger les contractants sans passer par le filtre réducteur de la qualité de consommateur.

91. Dans ces conditions, certains développements de la communication de la Commission du 11 juillet 2001 peuvent laisser perplexe. L'annexe III du texte, intitulée « Structure de l'acquis et instruments internationaux pertinents ayant force obligatoire », l'institution communautaire rassemble sous la forme d'un texte unique l'ensemble des dispositions communautaires qui influencent les relations contractuelles. Ces textes sont regroupés sous différentes rubriques rappelant de façon évidente celles qui composent les droits communs nationaux. C'est ainsi que sont évoqués la conclusion du contrat, sa forme, l'obligation d'information, l'inexécution du contrat et la réparation en cas de violation des obligations contractuelles. Par ailleurs, il faut remarquer que la Commission fait précéder le résumé des dispositions communautaires relatives à chacun des thèmes cités, des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Outre le fait que ce texte ne vise que la vente et non l'ensemble des contrats, on ne peut que constater que le rapprochement opéré est particulièrement osé. Il découle, en effet, des développements précédents qu'il est pour l'heure impossible d'affirmer l'existence d'un droit commun contractuel sur le plan communautaire. On ne peut donc qu'en déduire que la Commission entend par-là affirmer l'existence d'un « embryon » de droit commun, qui pourrait servir de base à l'évolution future de l'intervention communautaire en la matière. Cette vision plus modeste permet, en outre, à la Commission de justifier, *a priori*, l'ensemble des actions qu'elles pourra engager dans le futur, concernant le droit des contrats.

92. Pour autant que l'on admette l'existence de textes communautaires pouvant être assimilés à des éléments constitutifs d'un droit commun des contrats, il faudrait encore que ces règles puissent justifier d'une certaine unité. Les règles du Code civil français et peut-être, dans une moindre mesure, celles du BGB allemand sont soumises à un ordonnancement

²²⁶ - HUET (J.), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, Paris, 2^{ème} éd., 2001, p. 12.

précis. Et même la jurisprudence anglaise relative au droit des contrats revêt une certaine unité. En ce sens, quelques dispositions contenues dans des textes épars, rédigées sans volonté d'intégration, ne sauraient constituer un véritable droit commun. Celui-ci suppose un ensemble hiérarchisé ou au minimum une réelle cohérence. Force est donc, pour l'instant, de conclure qu'il n'existe aucun texte communautaire, aucun ensemble de textes ou de décisions de justice que l'on puisse comparer aux articles du Titre troisième du Livre III du Code civil français, ni même aux dispositions des principes Lando. Sans négliger pour autant les dispositions existantes, il faut affirmer, à l'instar d'un observateur averti, que « le droit communautaire ne touche guère aux principes fondamentaux du droit des contrats. La théorie générale [...] est intacte »²²⁷. Ce constat n'est pas sans conséquences sur l'ordre juridique communautaire.

§2 - Les conséquences DE CE CONSTAT

93. Les conséquences de l'inexistence de règles matérielles de droit communautaire régissant de façon générale tous les contrats indépendamment de leur nature sont à la fois d'ordre théorique (I), qui affaiblissent la notion de droit communautaire des contrats et pratique (II).

I - La conséquence théorique : l'affaiblissement de la notion de droit communautaire des contrats

94. Il convient tout d'abord de constater combien il est difficile *a priori* d'accorder du crédit à un corps de règles influençant de manière volontaire et active le droit des contrats et qui ne donne aucune définition textuelle précise de la notion de « contrat ». En l'absence d'un texte cadre, c'est dans les textes composant « l'acquis communautaire » dans le domaine du droit privé, que l'on a cherché une telle définition. Or, aucun de ces textes ne définit, à proprement parler, la notion de contrat, et même les références qui sont faites à cette notion-clé dans les règles relatives à l'interdiction des ententes entre entreprises n'emportent pas non plus de définition. La portée d'une telle lacune est immense au point de vue théorique. Il semble difficile d'affirmer l'existence d'un droit qui ne définit pas de façon précise son propre objet. Il convient pourtant de réduire la portée d'une telle lacune. D'une part, si la notion n'est pas définie spécifiquement par les textes communautaires, les dispositions matérielles que ceux-ci contiennent devraient permettre, en pratique, d'éviter que se crée une confusion. Les contrats visés par le droit communautaire sont toujours des conventions créant des obligations

²²⁷ - HUET (J.), Les sources communautaires du droit des contrats, in : *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Travaux de l'Association H. Capitant, LGDJ, 1997, p. 13.

récioproques entre les parties. Il convient de noter que ni les principes Unidroit ni les principes Lando qui constituent pourtant des modèles de droit commun, ne se livrent à l'exercice de la définition de la notion de contrat. C'est probablement qu'acte universel par essence, le contrat a reçu, dans tous les systèmes juridiques, une définition dotée d'effets similaires. Ce qui diffère réellement n'est pas tant la définition que donnent les différents Etats à la notion de contrat, que les conditions dans lesquelles ils considèrent que le contrat est valablement conclu.

95. Au-delà de cette lacune méthodologique, c'est l'inexistence de règles générales relatives à la formation, à la validité et aux effets des contrats qui importe. Le constat forcément négatif qui doit être fait concernant l'idée d'un droit commun des contrats au plan communautaire contribue activement à mettre en doute l'existence du droit communautaire des contrats. Aux yeux des juristes de tradition romano-germaniste, les règles spéciales sont dénuées de toute pertinence si elles ne peuvent s'inscrire dans un *corpus* ordonné et cohérent. C'est pourquoi l'ensemble des droits des Etats membres disposent d'un certain nombre de règles, plus ou moins nombreuses, plus ou moins détaillées, qui régissent la formation, la validité et les effets du contrat en général ; même le droit britannique des contrats, qui pourtant ignore la distinction entre droit spécial et droit commun, est fondé sur ce type de règles. Cette absence, à elle seule, cause l'incrédibilité de la notion de « droit communautaire des contrats ». Selon E. Lambert il faut à tout système juridique « des principes directeurs [...] règles générales et des constructions juridiques autour desquelles puissent se grouper les solutions de détail », afin que soit préservée « dans la mesure du possible l'harmonie générale du droit »²²⁸. C'est le sens de la critique faite par le professeur Oppetit qui refuse de voir dans les règles du droit communautaire les empreintes du *jus commune* romain qui était véritablement construit comme un ensemble hiérarchisé. En droit français, le Code civil, la doctrine et l'enseignement universitaire s'ordonnent autour de la distinction entre droit commun et règles spéciales. Il est donc facile de comprendre l'indifférence, voire le mépris, qu'affichent de nombreux auteurs à l'égard d'un ordre juridique qui prétend réglementer les relations contractuelles en dehors du cadre du droit commun des contrats.

96. Pour réduire l'impact de cette lacune sur l'ensemble des dispositions communautaire, il faut impérativement sortir d'un raisonnement purement national. Il est évident qu'au regard du droit civil français et plus largement des droits d'inspiration romano-germaniste, assez largement dogmatiques, les dispositions existantes du droit communautaire sont vouées à l'incompréhension et à l'indifférence. Mais dans une conception plus proche d'une politique d'harmonisation, empreinte de pragmatisme, l'incidence des lacunes purement théoriques se révèle beaucoup plus limitée. En revanche, les conséquences pratiques d'une telle situation

²²⁸ - LAMBERT (E.), Une réforme nécessaire des études de droit civil, *Revue internationale d'enseignement*, 1900, t. 40, p. 240.

sont nettement plus invalidantes pour un système qui prétend faciliter les échanges entre Etats membres.

II - Les conséquences pratiques

97. A défaut d'harmonisation du droit matériel, le risque d'insécurité juridique (A) qui ne peut manquer de ce faire jour entraîne inévitablement le recours aux palliatifs traditionnels que représentent les règles du droit international privé et du droit judiciaire de l'Union européenne (B).

A - L'insécurité juridique

98. L'inexistence de ces règles-là entraîne effectivement des conséquences pratiques qui sont loin d'être négligeables. En l'absence d'une véritable théorie du consentement, d'un traitement commun de la notion de capacité contractuelle ou encore d'une théorie communautaire de l'imprévision, les conséquences pour l'ensemble des opérateurs économiques sont réelles, les hypothèses de conflits infinies. Le consentement émis par une partie peut être valable dans un Etat et parfaitement invalide dans un autre. Un contrat peut être licite ou illicite en fonction du droit où l'on se place. Une cause d'exonération qui pourrait valablement être soulevée par un débiteur en vertu d'une règle nationale, pourrait être sans aucun effet sur son obligation selon un autre droit. Quand on sait que le développement des échanges intra-communautaires reste l'un des objectifs majeurs de l'intégration européenne, que ce développement passe par la conclusion de plus en plus courante de contrats transfrontières, il est plus facile de saisir l'handicap que constitue l'insécurité juridique liée à la diversité des droits nationaux. La disparition des frontières, le développement du commerce électronique poussent pourtant les opérateurs économiques à conclure des contrats en dehors de leurs pays d'origine et il est évident que l'existence d'un texte, regroupant l'ensemble des règles relatives à la formation à l'exécution et à l'inexécution des contrats pour l'ensemble du territoire communautaire, contribuerait tout autant que la mise en place de la monnaie unique à réduire les obstacles à la conclusion de ce type de contrats. La Commission européenne reconnaît d'ailleurs les insuffisances de la méthode employée jusqu'ici par les autorités communautaires. Dans sa communication du 11 juillet 2001, elle affirme « dans le domaine du droit des contrats, le législateur européen a suivi une démarche au coup par coup en matière d'harmonisation. Cette démarche, conjuguée avec les développements imprévus du marché, pourrait entraîner des incohérences dans l'application du droit communautaire »²²⁹.

²²⁹ - COM(2001) 398 final, déjà cité, p. 11.

99. Une nuance mérite cependant d'être apportée à ce constat particulièrement négatif. Tous les contractants ne supportent pas de la même façon le poids du risque d'insécurité juridique. Les grandes entreprises sont généralement dotées de services juridiques performants, constitué de juristes ayant une connaissance approfondie des droits des différents Etats membres, du moins des Etats avec lesquels ces entreprises ont des relations régulières. Ces grandes entreprises ne courent pas de risques majeurs en nouant des relations contractuelles dans différents Etats membres. Les petites et moyennes entreprises subissent certainement plus le poids de l'incertitude juridique car elles n'ont souvent pas les moyens de soumettre les contrats qu'elles concluent à un contrôle juridique préalable. Pourtant, contractant dans un but professionnel, ces entreprises tentent de prévenir les risques éventuels en s'informant au maximum sur les différences existant dans les règles nationales. Ce sont donc les consommateurs qui subissent en premier lieu les conséquences de l'absence de règles générales relatives aux contrats en droit communautaire. Tout d'abord le consommateur ignore souvent tout du droit étranger qui régira le contrat. Ensuite le plus souvent, la transaction envisagée n'a pas une valeur financière suffisante pour justifier les coûts d'une consultation juridique. La diversité juridique peut donc avoir deux conséquences : soit décourager le candidat-contractant par l'incertitude qu'elle engendre, soit impliquer une hausse des coûts de transaction. Dans les deux hypothèses le commerce intra-communautaire s'en trouve fortement défavorisé. En attendant l'adoption d'un texte pouvant pallier ces incohérences, c'est hors d'un corps de règles matérielles uniformes, que les contractants de tous les Etats membres doivent chercher une solution à leurs conflits avérés ou potentiels. Et cela contribue à affaiblir l'idée d'un droit communautaire des contrats, dont le fondement réside dans le soutien qu'il serait censé apporter à la conclusion de contrats transfrontières.

B - Le recours aux règles de conflit et au droit judiciaire

100. Lorsqu'un conflit survient en matière contractuelle, causé par l'opposition de deux systèmes nationaux, il se peut que l'issue du litige dépende largement de la réponse donnée à ces deux questions : quelle est la juridiction compétence ? Quel est le droit applicable ? C'est ainsi que, bien souvent, les règles de conflits viennent pallier l'insuffisante harmonisation des règles matérielles. Le recours aux règles de conflits se présente ainsi comme la méthode « par défaut ». Le droit communautaire n'échappe pas à la règle, et à défaut d'harmonisation, a entrepris de résoudre les conflits de juridictions et les conflits de lois qui pouvaient survenir en matière contractuelle.

101. Les conflits de lois sont résolus grâce à la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles signée à Rome le 19 juin 1980²³⁰ et entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991. L'expression « obligations contractuelles » est particulièrement imprécise, mais le paragraphe 2 de l'article 1^{er} exclut certains contrats du champ d'application du texte : il s'agit notamment des conventions touchant au statut personnel et aux relations familiales (testament, succession, mariage, pension alimentaire), les obligations nées des lettres de change, chèques et autres instruments négociables, les contrats de société... Le texte contient une première série de dispositions consacrées à la détermination de la loi applicable. Les grandes lignes de ces dispositions sont les suivantes : le contrat est en principe « régi par la loi choisie par les parties » (article 3). A défaut de choix, le contrat est régi « par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits » (article 4§1). Une présomption est établie en faveur du lieu où le débiteur de la prestation caractéristique a sa résidence habituelle (article 4§2). En matière de contrats portant sur des immeubles, c'est la *lex rei sitae* qui s'applique puisqu'« il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble » (article 4§3). Des règles particulières sont édictées afin de protéger le contractant-consommateur. Ainsi la présomption établie par l'article 4§2 lui étant particulièrement défavorable en cas de contrat transfrontière (puisque dans la plupart des cas le débiteur de la prestation caractéristique est un professionnel et que, de ce fait, le consommateur se verrait appliquer une loi qu'il ne connaît pas), elle est renversée, dans certaines circonstances. La loi applicable au contrat est celle « du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle » (article 5§3). Les dispositions relatives à la loi applicable emportent et s'accompagnent de solutions de fond. Il s'agit de règles ayant pour vocation de régler les difficultés les plus courantes en cas de conflit de loi en matière de contrat. La validité du contrat est ainsi logiquement soumise à loi applicable par principe au contrat (article 8§1). Il est prévu que pour établir qu'elle n'a pas consenti, une partie peut cependant se référer à loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi initialement applicable en vertu de la convention (article 8§2). Des règles relatives à la forme du contrat sont aussi prévues, faisant de la loi applicable au fond du contrat celle qui s'applique aux conditions de forme. Il en va de même pour l'interprétation du contrat, son exécution, sa nullité. Concernant l'incapacité, l'article 11 dispose que dans un contrat conclu entre deux personnes se trouvant dans un même pays, ce sont les dispositions applicables à la capacité de ce pays qui s'appliquent en principe. Un contractant ne peut invoquer son incapacité en vertu d'un autre droit que si cette incapacité ne pouvait être ignorée de l'autre partie au moment de la conclusion du contrat.

Plusieurs remarques s'imposent concernant ce « droit commun minimum » que constitue la Convention de Rome au regard des obligations contractuelles. Tout d'abord, il convient de faire remarquer que le champ d'application de la convention est relativement restreint et ne

²³⁰ - JOCE du 9/10/1980, n° L-266, pp. 1-19.

permet pas de couvrir toutes les situations contractuelles et couvre, notamment de manière insuffisante, certains contrats transfrontières conclus par des consommateurs²³¹. Par ailleurs, en dépit de la signature de deux protocoles²³² destinés à attribuer à la Cour de Justice des Communautés européennes, la compétence pour interpréter les dispositions de la Convention, celle-ci n'est toujours pas compétente. En effet les deux protocoles ne pourront entrer en vigueur qu'une fois ratifiés par tous les Etats signataires ce qui n'est pas encore le cas aujourd'hui. Pour cet ensemble de raisons, on ne peut que souligner l'insuffisance des dispositions de la Convention qui ne pallient pas l'inexistence de règles matérielles au plan communautaire. Comme le note très justement un observateur²³³, « les normes uniformes sur les conflits de lois [...] favorisent la prévisibilité du droit applicable, mais n'éliminent pas cet obstacle qu'est la pluralité, la disparité des différents droits, qui se manifeste parfois aussi sous l'aspect insidieux de la propension du juge saisi d'une affaire à s'orienter vers le droit qui lui est familier ». La communautarisation du texte, si elle était accompagnée d'un réexamen tenant compte de ses insuffisances, pourrait, par contre, constituer une avancée significative dans la lutte contre les effets néfastes de l'absence de règles matérielles. Mais aujourd'hui, il ne s'agit que d'une hypothèse parmi tant d'autres.

102. Les conflits de juridictions en matière civile et commerciale sont, quant à eux, résolus de « tout à fait manière satisfaisante »²³⁴ grâce à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968²³⁵ et surtout par l'interprétation uniforme qui est donnée de ses dispositions par la Cour de Justice des Communautés européennes. La Convention avait originellement pour but de simplifier l'*exequatur*²³⁶ mais l'objectif a rapidement été élargi en raison du fait que le juge avant d'accorder l'*exequatur* commence par vérifier la compétence du tribunal ayant rendu le jugement. Les rédacteurs ont donc décidé de traiter aussi des questions de compétence des juridictions. Le texte de la Convention fait l'objet d'une interprétation uniforme par la CJCE depuis l'élaboration d'un protocole spécial lui attribuant cette compétence²³⁷. Il convient ici de noter qu'à l'occasion de l'interprétation de l'article 5 de la Convention, qui offre au demandeur une option de compétence judiciaire différente selon que l'on se trouve en matière contractuelle ou délictuelle, la CJCE a défini indirectement la notion de contrat. C'est

²³¹ - Ce point est largement développé dans une récente thèse de doctorat, voir : DE MATOS (A.-M.), Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne, Thèse, Aix-Marseille, 1999, pp. 72-74.

²³² - Protocoles n° 89/128 et 89/129, JOCE du 20/02/89, n°L-48, pp. 1-7 et 17-22.

²³³ - GANDOLFI (G.), Pour un code européen des contrats, RTDCiv, 1992, 4, p. 713.

²³⁴ - GAUDEMET-TALLON (H.), Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur le loi applicable aux obligations contractuelle, RTDE, 1991, n°4, p. 635.

²³⁵ - Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE du 31/12/72, n° L-299, pp. 32-42.

²³⁶ - A ce titre elle prend sa base dans l'article 220§4 du Traité de Rome qui prévoit que : « Les Etats membres engageront entre eux, en tant que besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants, la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproque des décisions judiciaires ».

²³⁷ - JOCE, du 31/12/1972, n°L-299, pp. 43-44. Protocole publié en France par le décret 76-298 du 31 mars 1976, JORF du 8/04/76, p. 2132.

particulièrement dans l'affaire *Handte* que cette notion a été précisée. Une société française avait acheté des produits à la filiale d'une société allemande. Les produits en cause lui semblaient défectueux, la société a formé un recours à la fois contre la société *Handte* venderesse et contre la société allemande ayant fabriqué les produits en cause. La Cour devait donc se prononcer sur la question de savoir si la relation entre le sous-acquéreur et le fabricant a ou non un caractère contractuel. Après avoir rappelé que : « la notion de matière contractuelle, au sens de l'article 5, point 1, de la convention, doit être interprétée de façon autonome, en se référant principalement au système et aux objectifs de cette convention [...] cette notion ne saurait, dès lors, être comprise comme renvoyant à la qualification que la loi nationale applicable donne au rapport juridique en cause devant la juridiction nationale », la Cour a affirmé que la notion de « matière contractuelle ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre »²³⁸. Sans avoir à apprécier la valeur d'une telle définition, il convient tout de même de faire deux constatations. Tout d'abord c'est le droit international privé, de nature conventionnelle, qui a servi de base à la seule définition européenne du contrat, aucun des textes de droit matériel n'ayant donné une telle définition. Ensuite, cette unique définition est à la fois indirecte (ce n'est pas la notion de contrat qui est définie, mais celle de "matière contractuelle") et négative. Le moins que l'on puisse dire c'est que la nécessité d'une définition communautaire de la notion de contrat reste d'actualité.

103. La Convention, communément nommée « Bruxelles I » a récemment été « communautarisée »²³⁹. Instrument de nature conventionnelle depuis son adoption, le texte a été adopté sous la forme d'un règlement le 22 décembre 2000²⁴⁰. Le règlement concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qui reprend quasi-textuellement les dispositions de la Convention, entrera en vigueur le 1^{er} mars 2002. Cette communautarisation amène plusieurs remarques et suscite des interrogations. Tout d'abord, si l'on tient compte de la communautarisation de la Convention de « Bruxelles II » (équivalent de « Bruxelles I » en matière matrimoniale) on ne peut que constater une volonté affirmée du législateur communautaire d'œuvrer intensément pour la construction d'une véritable communauté de droit en Europe, qui se situe parfaitement dans la lignée du sommet de Tampere²⁴¹ et des dispositions du Traité d'Amsterdam visant à faire de l'Europe un espace de sécurité, de liberté et de justice. Mais pour ce qui nous intéresse, les interrogations subsistent. Peut-on en déduire une avancée vers une plus grande prise en

²³⁸ - CJCE, 17 juin 1992, *Handte*, aff C-26/91, *Rec.* p. 3967. Voir aussi : CJCE, 27 octobre 1998, *Réunion européenne*, aff C-51/97, *Rec.* p. 6511.

²³⁹ - La notion de « communautarisation » désigne l'intégration juridique dans et par la Communauté européenne. Voir : KREUZER (K.), La communautarisation du droit international privé ; Les acquis et les perspectives, in : *Droit global - Unifier le droit : le rêve impossible ?*, sous la dir. de VOGEL (L.), LGDJ, Paris, 2001, p. 97.

²⁴⁰ - Règlement 44/2001, concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, du 22 décembre 2000, *JOCE* du 16/01/01, n° L-12, pp. 1-23.

²⁴¹ - Sommet qui s'est tenu les 15 et 16 octobre 1999 et qui a montré l'intérêt des quinze pour la coopération judiciaire.

compte du droit des contrats ? Ou au contraire la communautarisation de ces instruments s'inscrit-elle dans une tendance privilégiant la méthode des règles de conflits au détriment de l'harmonisation du droit matériel ? Il faudra certainement attendre encore de longs mois avant de le savoir. Pour l'heure, l'uniformisation des règles de droit international privé a laissé intacte la question de la diversité des règles substantielles.

104. Notons enfin qu'à côté des règles du droit international privé communautaire, d'autres moyens sont mis en œuvre pour lutter contre les conséquences néfastes qui découlent de la diversité des règles générales applicables aux contrats dans l'Union européenne. Il s'agit principalement des moyens destinés à faciliter l'accès des consommateurs à la justice en cas de litige portant sur des contrats transfrontières. Ces moyens vont de la simplification des procédures judiciaires aux possibilités d'actions transfrontières en passant par l'aide juridique et judiciaire et l'assurance de protection juridique²⁴². Quoique très louables dans leur objectif, ces actions ne constituent que des palliatifs et force est pour nous de constater qu'alors que dans l'ordre international l'insuffisance de la méthode des conflits de lois²⁴³ a suscité l'unification des règles matérielles de droit des contrats, le droit communautaire semble encore actuellement situer le droit commun des contrats sous le règne du droit international privé et de la protection du consommateur. Des raisons fort diverses viennent justifier cet état de fait, qu'il convient d'analyser et peut-être de relativiser.

Section 2

LES DIVERSES JUSTIFICATIONS

105. Parmi les nombreuses raisons avancées pour justifier ce constat globalement négatif, deux méritent d'être examinées en dépit du fait qu'elle ne parviennent pas à masquer la question de la volonté politique : la diversité juridique de l'Union (§1) et les règles d'attribution des compétences (§2).

§1 - LA DIVERSITÉ JURIDIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE

106. La diversité culturelle de l'Europe est la raison la plus fréquemment avancée pour expliquer que les règles de droit commun constituent encore aujourd'hui l'angle mort du droit communautaire des contrats. Ce pan de notre droit est sans aucun doute celui qui est le plus marqué par l'histoire et la tradition juridique et il est donc logique que les différences

²⁴² - Pour plus de détails : DE MATOS (A.-M.), *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne*, op. cit., pp. 143-272.

²⁴³ - Olé Lando considère les règles de conflits comme un « instrument pauvre » au service de l'intégration juridique : LANDO (O.), *Why codify the European Law of Contracts ?*, REDP, 1997, vol. 5, pp. 527.

nationales y soient profondément enracinées. Malgré sa réalité, cette diversité doit être analysée de façon objective, c'est-à-dire en prenant en considération autant sa face visible, constitué de la trop fameuse opposition entre pays de *Common Law* et pays de droit romain (I), que sa face cachée liée, quant à elle, à une culture européenne en cours de formation (II).

I – La face visible de la diversité européenne :

I'opposition entre *Common Law*

et droit continental

107. L'opposition entre les droits continentaux et le droit britannique est unanimement reconnue. Il n'est pas un article consacré aux développements du droit des contrats qui ne l'évoque. Si cette opposition repose sur des bases réelles (A), elle mérite tout de même d'être nuancée (B) au regard à la fois de son évolution et de l'existence d'oppositions semblables entre les différents droits composant la famille romano-germanique.

A - Une opposition réelle

108. Dans la préface qu'il signe d'un ouvrage en langue française consacré aux contrats en droit anglais le professeur René David écrit : « Le juriste français, s'il cherche à retrouver l'équivalent de son droit dans cet ouvrage, sera [...] déçu. Peut-être sera-t-il tenté de dire qu'il ne s'agit pas ici d'un véritable ouvrage sur le droit anglais des contrats, mais d'un simple recueil de documents relatifs à ce droit. Du point de vue français, ce jugement n'est pas erroné ; mais s'il en est ainsi, c'est qu'il n'existe pas, comparable à ce qui existe en droit français, un droit anglais des contrats : car le droit même est conçu différemment en France et en Angleterre »²⁴⁴. Dans l'Union européenne, l'histoire a effectivement constitué deux grands ordres cognitifs ou deux formes de la connaissance du droit : la tradition romano-germanique, marquée par la prépondérance de la loi écrite et la tradition de *Common Law* dont le droit anglais est le modèle et qui est caractérisée par l'autorité de la jurisprudence²⁴⁵. Cette dualité déroute tant les juristes européens, que le professeur Norbert Rouland pourtant familier de la diversité juridique a pu affirmer « le droit anglais doit être abordé avec précaution par le juriste français, tant il est éloigné de ses catégories mentales »²⁴⁶.

²⁴⁴ - DAVID (R.) PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, Paris, 1985, p. 8.

²⁴⁵ - Pour une étude comparée du droit du contrat entre Angleterre et la France, on pourra lire l'étude déjà ancienne mais toujours d'actualité : TALLON (D.) HARRIS (D.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, Paris, 1987, 443 p.

²⁴⁶ - ROULAND (N.), *Introduction historique au droit*, PUF, Paris, 1998, p. 306.

109. Si le droit romain s'est répandu sur le territoire européen à un point tel que l'on a déjà pu affirmer que le droit est l'œuvre de Rome, la Grande-Bretagne²⁴⁷ a été épargnée et a développé un système juridique propre et détaché de l'abstraction romaine. En schématisant à l'excès, on oppose le rationalisme romain à l'empirisme anglo-saxon, le caractère jurisprudentiel du droit anglais à la codification continentale. Le droit anglais est un *Case law*, formulé par les cours supérieures du Royaume à l'occasion de chaque litige. Et, alors qu'en droit français, selon d'éminents auteurs, la jurisprudence ne constitue qu'une source secondaire de droit, la loi en droit anglais se borne à apporter « une série d'*errata* et d'*addenda* au corps principal du droit anglais, constitué par le droit jurisprudentiel »²⁴⁸. En pratique, le juriste britannique ne cherchera pas la solution à l'aide de concepts théoriques, de catégories juridiques prédéfinies, mais partira plutôt des éléments concrets et particulièrement des faits du litige qui lui est soumis. Au contraire, comme l'explique le professeur Atias, le juriste français espère, à partir de l'analyse des textes, de leur comparaison et de leur rapprochement, trouver « la solution la moins insatisfaisante, la moins injuste »²⁴⁹. Si cette différence de conception n'est pas irrémédiable, elle constitue tout de même un obstacle réel à l'élaboration d'un droit commun des contrats au plan européen.

110. Un exemple significatif de l'opposition d'approches entre *Common Law* et droit civil, nous est fourni par la distinction entre droit privé et droit public. Celle-ci est consacrée au rang de *summa divisio* dans les pays de droit romain, et singulièrement en France, mais n'a que peu de sens dans les pays de *Common Law*. La théorie anglaise de l'Etat de droit s'oppose à l'idée que le contrôle de l'activité de l'administration puisse être effectué par d'autres instances que les juridictions de droit commun. L'idée est ancienne, mais a été officiellement consacrée en 1947 par le *Crown Proceeding Act*, abolissant la non-responsabilité de la Couronne au motif que celle-ci devrait être traitée comme « une personne privée majeure de pleine capacité »²⁵⁰. Si ce principe doit aujourd'hui être relativisé afin de refléter l'évolution jurisprudentielle, il faut garder à l'esprit que la *summa divisio* du droit romano-germanique ne peut diriger le raisonnement des juristes anglo-saxons, pour lesquels le fonctionnaire et le ministre sont « des citoyens ordinaires chargés de tâches spécifiques »²⁵¹. De la même manière, le droit anglais ignore les notions de droit civil et de droit commercial.

²⁴⁷ - L'expression est à préciser : à vrai dire seuls l'Angleterre et le pays de Galles sont soumis au droit anglais. En effet, si l'Irlande appartient également à la famille de la *Common Law*, le droit écossais n'y appartient pas et peut-être qualifié de système hybride, à cheval entre *Common Law* et droit romain-germanique. Pour de plus amples précisions, voir : JOLOWICZ (J.A.), *Droit anglais*, Dalloz, Paris, 2^{ème} éd., 1992, pp. 1-67.

²⁴⁸ - DAVID (R.) JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 10^{ème} éd., 1992, n° 342 et s.

²⁴⁹ - ATIAS (C.), La défense à exécution provisoire de l'astreinte liquidée, *D.*, 1995, chron., p. 272, cité in : LEGRAND (P.), Le primat de la culture, *op. cit.*, p. 7.

²⁵⁰ - Voir : JOLOWICZ (J.A.), *Droit anglais*, *op. cit.*, p. 57.

²⁵¹ - BELL (J.), Droit public et droit privé : une nouvelle distinction en droit anglais (l'arrêt O'Reilly v. Mackman : un arrêt Blanco?), *RFDA*, 1985, p. 401. OLIVER (D.), Pourquoi n'y a-t-il pas de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre, *RIDC*, 2001, n°2, pp. 327-338.

111. Pour ce qui nous intéresse directement, la notion de contrat reçoit une définition qui s'avère quelque peu différente de celle donnée dans les Etats continentaux. Ignoré pendant longtemps, le terme de contrat qui n'a fait l'objet d'aucune définition légale (au sens matériel du terme) et a ensuite désigné tout autre chose qu'un accord de volontés. Alors que la définition française, donnée par l'article 1101 du Code civil, est assez conceptuelle, la définition la plus largement admise de la notion de *Contract* est concrète. Il s'agit d'un « engagement, ou un ensemble d'engagements, reconnu par le droit ». Le droit anglais repose sur l'idée d'engagement pris par un contractant (*promise*) d'avantage que sur celle d'échange des volontés. La différence est réelle et rend plus complexe la lecture des décisions de justice et des textes de doctrine britanniques. Mais dans les faits il faut reconnaître que les deux définitions parviennent à se recouvrir, d'autant qu'il existe en Angleterre un courant qui tend à adopter la définition continentale du contrat.

112. Il convient aussi de noter que la *summa divisio* continentale entre droit commun et droit des contrats spéciaux n'a que peu de sens pour les juristes de *Common Law*, pour lesquels les mêmes règles s'appliquent à la formation d'un contrat de vente ou d'assurance vie. En réalité les tribunaux ignorent ou « feignent d'ignorer dans leur analyse juridique toutes les différences pouvant demeurer, à l'intérieur même d'un contrat, comme des marques indélébiles du droit romano-germaniste »²⁵². En effet l'idée d'un droit commun du contrat repose sur l'idée de rationalisation et, selon certains auteurs, cette dernière « ne relève (...), et n'a toujours relevé que de la seule tradition romaniste »²⁵³. De la même manière le droit des contrats bénéficie d'une autonomie très marquée en droit anglais. Alors qu'en France et dans les pays de tradition romaniste, le droit des contrats est rattaché au concept plus large de droit des obligations, le droit anglais ignore cette catégorie. Nous avons déjà vu à quel point ces oppositions ont contribué à rendre difficile le travail de la Commission Lando chargée d'élaborer les principes du droit européen du contrat. La Commission a dû rechercher des compromis entre des solutions directement opposées sur des questions telles que l'exécution en nature des obligations ou du moment de la conclusion d'un contrat par courrier²⁵⁴. Pourtant, la manière dont on définit le contrat dont on le réglemente est « en rapport étroit avec les idées morales et philosophiques dominantes, avec la structure économique aussi de la société envisagée, avec enfin la variété des traditions par lesquelles se sont forgées les institutions et techniques juridique »²⁵⁵, et que de ce point de vue les systèmes anglais et continentaux sont certes différents mais ne sont pas si opposés que l'on veut bien l'affirmer.

²⁵² - SEROUSSI (R.), *Introduction aux droits anglais et américain*, Dunod, Paris, 2^{ème} éd., 1999, p. 25.

²⁵³ - LEGRAND (P.), Le primat de la culture, in : *Le droit privé européen, op. cit.*, p. 1.

²⁵⁴ - Voir *supra* : §47 et §57.

²⁵⁵ - DAVID (R.) PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit anglais, op. cit.*, p. 18.

B - Une opposition à nuancer

113. A en croire certains cette opposition serait irréductible²⁵⁶. L'Anglais serait « le prêtre du savoir-faire empirique », le « maître des faits » alors que le juriste continental serait l'apôtre de « la loi du système, de l'universel, de la catégorisation »²⁵⁷. S'il est admis que les deux systèmes sont caractérisés par deux manières de penser le droit différentes, le portrait brossé par ces auteurs est pour le moins caricatural.²⁵⁸ Comme l'affirme le professeur René David, « tout n'est pas faux dans l'opposition que l'on a ainsi faite entre les deux systèmes, mais il ne faut pas la présenter de manière caricaturale »²⁵⁹. Cette vision radicale doit être combattue²⁶⁰ car elle ne tient pas compte de l'évolution qu'ont connue les deux systèmes.

Tout d'abord les sources du droit se sont déplacées en sens inverse dans les deux systèmes. « Il y a deux siècles, le droit anglais était exclusivement jurisprudentiel aujourd'hui il n'est plus que principalement jurisprudentiel et accessoirement légal. Le droit français était exclusivement légal, aujourd'hui, il n'est que principalement légal et accessoirement jurisprudentiel »²⁶¹. La transformation du droit anglais d'un droit coutumier à un droit jurisprudentiel constitue une première évolution tangible dans les sources du droit en Angleterre. Par ailleurs une certaine forme de codification a vu le jour en Angleterre dans certains domaines, ainsi la réorganisation du système judiciaire et de la procédure fut l'œuvre des *Statutes* au XIX^{ème} siècle. Et plus largement, la législation par *Statutes* a contribué au développement du droit anglais lors des cent dernières années. Le volume des lois adoptées chaque année en Angleterre est réellement conséquent et rares sont aujourd'hui les branches du droit britannique qui échappent totalement à la législation. C'est ce qui fait dire au professeur Jestaz que « le droit légiféré prolifère partout y compris en Grande-Bretagne » et ce « pour mille raisons plus évidentes les unes que les autres »²⁶². Certes, l'effort de systématisation et de rationalisation n'est pas de la même nature que la codification continentale. La codification de la *Common Law* ressemble plus à une compilation, à une consolidation législative bien éloignée d'un système traditionnel de codification continentale. Très sectorisées, les lois anglaises ne sont que des rassemblements de dispositions liées par un

²⁵⁶ - Le plus fervent défenseur de la thèse de l'opposition irréductible entre *Common Law* et droit continental est Pierre Legrand, dont on pourra lire en ce sens : *Against a European civil Code*, *MLR*, 1997, p. 45-46. Mais bien d'autres pourraient être cités, notamment : FOYER (J.), *Le droit civil dominé*, in : *Mélanges Catala*, Litec, Paris, 2001, p. 19.

²⁵⁷ - LEGRAND (P.), *Against a European civil Code*, *op. cit.*, p. 45.

²⁵⁸ - DAVID (R.), *Le droit continental, la Common Law, et les perspectives d'un jus commune européen*, in : *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, sous la dir. de CAPPELLETTI (M.), Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 115.

²⁵⁹ - DAVID (R.), *Le droit continental, la Common Law, et les perspectives d'un jus commune européen*, *op. cit.*, p. 115.

²⁶⁰ - Pour une critique complète, voir : CHAMBOREDON (A.), *La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats*, *JDI*, 2001, 1, pp. 1-46, spéc. 10-26.

²⁶¹ - JESTAZ (P.), *Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre*, *RTDCiv*, 1996, p. 308.

²⁶² - *Ibid.*, p. 305.

thème empirique et interprétées selon un raisonnement également descriptif²⁶³. Par ailleurs, si comme chez nous le législateur peut modifier le précédent, les Anglais n'en déduisent ni l'omnipotence de la loi, ni l'inexistence du droit jurisprudentiel²⁶⁴, ce qui explique peut-être que l'on a pu affirmer que la loi n'est pas « regardée comme un mode d'expression normal du droit »²⁶⁵. En sens inverse, il est indéniable que le droit français s'est largement jurisprudentialisé ce qui a permis d'affirmer que « la montée en puissance de la jurisprudence aura été l'événement français le plus marquant depuis la création du Code civil »²⁶⁶. Ce dernier avait été rendu indispensable, eu égard à la défiance que manifestait le peuple français de l'ancien régime à l'égard des juges. Mais dans le même temps, l'insuffisance de la loi, stigmatisée par Portalis, fondait le rôle de la jurisprudence dans le droit français. Il suffit pour s'en convaincre de relire le discours préliminaire au premier projet de Code civil : « L'office de la loi est de fixer par de grandes vues des maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est aux magistrats et aux juristes pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application [...] la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre par une ramification sage et raisonnée aux hypothèses prévues »²⁶⁷. L'article 4 du Code civil fonde légalement le rôle du juge dans la création du droit en disposant « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » et les limites posées par les articles 5 et 1351 posant respectivement les principes de l'interdiction faite aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire et de l'autorité relative de la chose jugée, laisse tout de même un large espace de liberté à la jurisprudence. De fait, celle-ci a acquis une importance considérable dans notre droit positif en général et dans notre droit civil en particulier. On ne dénombre plus les exemples dans lesquels la Cour de cassation a complété ou infirmé une solution légale. On peut donc conclure comme le professeur Jestaz : « Ainsi, bien qu'il ne s'agisse pas de la même loi ni de la même jurisprudence dans les deux pays, force est de convenir que chacun d'eux a deux sources du droit et deux sources qui fonctionnent en combinaison. Mais chacun réagit avec son idéologie propre : le Royaume-Uni admet cette dualité et cette combinaison, il adopte donc une démarche pluraliste ; la France ne l'admet guère, elle s'efforce de ramener la jurisprudence à la loi dans une conception moniste du droit »²⁶⁸.

²⁶³ - CHAMBOREDON (A.), La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats, *op. cit.*, p.17.

²⁶⁴ - JESTAZ (P.), Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre, *op. cit.*, p. 307.

²⁶⁵ - DAVID (R.) JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, *op. cit.*, p. 342.

²⁶⁶ - JESTAZ (P.), Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre, *op. cit.*, p. 306.

²⁶⁷ - PORTALIS (J.E.M.), *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Editions confluentes, 1999, p. 24.

²⁶⁸ - JESTAZ (P.), Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre, *op. cit.*, p. 308. Pour un exposé général, critique et stimulant sur les sources du droit : JESTAZ (P.), Source délicieuse...(remarques en cascades sur les sources du droit), *RTDCiv*, 1993, pp. 73-85.

114. Concernant plus précisément le domaine contractuel dont le droit anglais ignore la *summa divisio*, il est important de constater que si les sources du droit sont différentes entre les deux systèmes, le fond du droit ne l'est pas réellement, comme nous le prouvent les études de droit comparé. En droit anglais, le contrat se définit comme un accord dont les conséquences lient les parties. Pour la majorité des contrats aucune condition de forme n'est indispensable à titre de validité, la *Consideration* (contrepartie) suffisant pour que l'acte, qu'il soit écrit verbal ou implicite, soit valablement conclu. On reconnaît là les effets du principe du consensualisme. Par ailleurs, le concept de *Consideration*, nécessaire pour qu'un contrat soit formé, exclut les actes à titre gratuit : le contrat anglais est par essence synallagmatique. Si ce principe de *Common Law* semble *a priori* étrange pour un juriste français, il se rapproche, si on y regarde de plus près, de notre concept de cause. En effet, sans *consideration*, c'est-à-dire sans contrepartie, sans engagement réciproque, le droit anglais ne reconnaît pas l'existence de relations contractuelles entre les parties. L'interprétation qui est donnée de cette condition par les juges britanniques le rapproche, sans toutefois le confondre, à la fois à la notion de cause et dans une moindre mesure à celle de lésion que connaît le Code civil français mais aussi le droit allemand. Il est possible de citer la référence au citoyen anglais moyen, utilisée fréquemment en jurisprudence et proche de la notion de *bon père de famille* chère à notre droit civil. Ou encore les vices du consentement reconnus par le droit anglais, qui, sans recouvrir les mêmes aspects que ceux de la tradition romano-germanique²⁶⁹, ne peuvent pas non plus y être réellement opposés²⁷⁰. Ultime exemple, la règle « *nemo auditur* », selon laquelle un justiciable ne saurait profiter de son propre comportement illicite, et dont on attribue l'origine au droit romain, est parfaitement connue du système juridique britannique, comme elle l'est de l'ensemble des ordres juridiques des Etats membres, ce qui a permis à la Cour de Justice des Communautés européennes d'en faire application²⁷¹. Des solutions similaires sont aussi adoptées sur des questions plus délicates, comme celle de l'imprévision ou de la détermination du prix²⁷² et ce malgré des raisonnements différents.

115. Au regard de ce qui vient d'être décrit, force est de constater que la caricature de la *Common Law* jurisprudentielle et du droit civil légaliste, ne peut plus aujourd'hui servir de prétexte au *statu quo* européen. Les sources du droit et le raisonnement juridique relèvent certes de deux modes réellement différents mais les solutions du droit substantiel ne peuvent pas être opposées de manière fondamentale. En effet, empruntant des méthodes substantiellement différentes, les deux systèmes parviennent à des solutions finalement très

²⁶⁹ - Ainsi le droit anglais ne distingue pas entre la *Misrepresentation* (erreur) sur la substance et sur la personne, pas plus que la notion d'erreur de celle de dol, puisque sans évoquer ces concepts, le juge anglais essaie de répondre aux questions suivantes: l'erreur est-elle due à l'autre partie? A-t-elle aussi été commise par l'autre partie? Ou bien était-elle connue de l'autre partie?

²⁷⁰ - Pour de plus amples détails : JOLOWICZ (J.-A.), *Droit anglais*, op. cit., pp. 123-142. SEROUSSI (R.), *Introduction aux droits anglais et américain*, op. cit., pp. 25-35.

²⁷¹ - CJCE, 7 février 1973, *Commission c. Italie*, aff n°39/72, Rec. p. 101, point 10. CJCE, 20 septembre 2001, *Courage*, aff n°C-453/99, Rec. p. 6297, point 31.

²⁷² - Voir *supra* : §58 et §52.

proches²⁷³. La possibilité de dégager de ces deux systèmes les principes du droit européen du contrat, certes au prix d'un travail de comparaison ardu, est la preuve qu'il existe une véritable culture européenne du contrat, permettant de croire en l'avènement d'un corps de règles commun à l'ensemble des Etats membres.

116. Il n'en demeure pas moins qu'il existe des oppositions apparemment irréductibles. C'est le cas de l'opposition des « styles ». Ainsi, en l'absence de divergence sur le contenu et la forme de la règle, la rédaction sera différente selon qu'elle sera confiée à un *Common Lawyer* ou à un juriste continental. Ce dernier se limitera aux « principes féconds » comme le préconisait Portalis et le texte ainsi rédigé se présentera en forme serrée, presque ésotérique, alors que le juriste anglais accumulera les détails rédigeant ainsi des formules très discursives, vivantes et concrètes. C'est une opposition qui pourrait paraître un peu floue mais qui n'en constitue pas moins une limite à l'harmonisation européenne. Le recrutement des juges dans les deux systèmes pouvant en partie justifier ces différences, car ce qui est en jeu ici, à travers le concept de « style », c'est la façon de penser juridiquement, « la structure mentale du juriste, telle qu'elle est forgée par la tradition du système juridique auquel il appartient et par la formation juridique qu'il a reçue »²⁷⁴. Et sur ce point, crucial en pratique, l'évolution des systèmes n'a que peu de prise. Il est pourtant plus grave de remarquer, à l'instar de René David, que « les différences existantes ne sont pas notablement supérieures à celles existantes entre les divers droits du continent européen »²⁷⁵.

II – La face cachée de la diversité européenne

117. Se penchant sur la faisabilité d'un droit communautaire des contrats, Pierre Legrand affirme que penser le droit comme une technique, c'est-à-dire uniquement comme l'agencement de catégories et de règles, conduit à penser l'uniformisation des droits comme un simple compromis entre diverses formules toutes faites qui permettrait d'atteindre à une rédaction où tous les participants trouveraient plus ou moins leur compte²⁷⁶. Ce qui est dénoncé ici c'est l'insuffisante prise en compte de la notion de culture juridique. Or, tout observateur averti de l'évolution de l'intégration communautaire ne peut que constater

²⁷³ - Voir en ce sens : MALAURIE (P.), Droit romain des obligations. Droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui, *JCP*, 19 juillet 2000, n°29, p. 1418. L'auteur y explique comment la notion de *causa* héritée du droit romain, a donné naissance à la théorie de la cause en droit français et à celle de l'obligation essentielle dans la *Common Law*. Il conclut ainsi : « La culture atlantique et le droit romain se retrouvent côte à côte : avec des concepts et des techniques différents, ces deux systèmes parviennent souvent à des résultats équivalents ».

²⁷⁴ - TALLON (D.), L'harmonisation des règles du droit privé entre pays de droit civil et de *Common Law*, *op. cit.*, p. 518.

²⁷⁵ - DAVID (R.), Le droit continental, la *Common Law*, et les perspectives d'un *jus commune* européen, *op. cit.*, p. 119.

²⁷⁶ - LEGRAND (P.), Le primat de la culture, *op. cit.*, p. 11.

l'imperfection de la culture juridique européenne (A) qui va de pair avec l'absence d'unité linguistique (B) constituant une difficulté réelle pour l'établissement d'un droit commun des contrats.

A – L'imperfection de la culture juridique européenne

118. La notion de culture juridique, dans son sens premier, recouvre « l'ensemble des techniques d'exposition et d'interprétation employées par les opérateurs du droit -au niveau tant technique que théorique-, et l'ensemble des idéologies correspondant à la fonction du droit que ces techniques expriment »²⁷⁷. Or, l'existence d'un passé juridique commun en l'Europe, le *jus commune* de l'époque romaine, ne saurait faire oublier que le droit reste un domaine proprement national et de fortes disparités existent entre les Etats membres. S'il peut être dit que l'histoire du droit commun relève pour partie de l'histoire des représentations et des croyances, on ne peut que constater que ce patrimoine culturel s'est quelque peu dilué au fil du temps et fait en partie défaut au droit européen actuel.

119. Le droit a toujours été le produit de la culture et celle-ci commande la manière de penser, le vocabulaire, les concepts et surtout la langue utilisée par le juriste. Comme l'affirme Pierre Legrand, « la technicité des formules que manipulent les juristes dissimule, si l'on veut bien se donner la peine d'y regarder de plus près, des choix et des déterminismes à caractère culturel enracinés dans une histoire et dans une géographie, dans une société et dans une vie politique »²⁷⁸. Autrement dit, il n'est pas de formulation textuelle du droit qui ne soit le produit d'une culture. Le droit s'inscrit infailliblement dans une langue, participe inévitablement d'une culture et relève invariablement d'une tradition. Or pour l'heure chacun des Etats membres de l'Union européenne a globalement conservé sa propre culture juridique, et ce même si une influence réciproque est indéniable. L'un des exemples manifestes des difficultés liées aux divergences de concepts est fourni par le celui de bonne foi. Ce principe directeur de notre droit civil est connu dans tous les pays de l'Union européenne. Il n'est pourtant pas possible de rapprocher la bonne foi de ce que le juriste anglais nomme la *Good Faith* ni de la *Treu und Glauben* allemande²⁷⁹. Puisque chaque locution « s'inscrit dans un réseau sémantique et sémiotique (infini) auxquels n'ont accès de l'intérieur que ceux qui sont

²⁷⁷ - *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 2^{ème} éd., p. 139.

²⁷⁸ - LEGRAND (P.), Le primat de la culture, in : *Le droit privé européen, op. cit.*, p.10. L'auteur explique ce phénomène au regard du mode de pensée du juriste : « Le psychisme des juristes, cette pensée latente qui excède le domaine limité de la conscience, est une boîte noire dont on ne peut observer que quelques entrées et quelques sorties », p. 44.

²⁷⁹ - Sur les différences entre le droit français et le droit allemand : JALUZOT (B.), *La bonne foi dans les contrats – Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, Paris, 2001, 603 p.

pareillement dans cette langue, dans cet espace et dans ce temps »²⁸⁰. Au-delà ce sont, en réalité, les idéologies nationales qui s'opposent encore trop vigoureusement. Le concept de bonne foi peut à nouveau servir d'illustration. La portée de l'obligation de bonne foi diffère totalement selon que l'on se place en droit français, anglais ou allemand. Peu construite, elle n'a pas d'implication essentielle en *Common Law*. Et si le droit français lui accorde une portée non négligeable (obligation d'information, conduite loyale lors des négociations...) ce n'est rien au regard de la conception allemande. L'idée d'équilibre contractuel, découlant en partie de celle de bonne foi subit le même sort. L'autonomie de la volonté l'emporte encore largement en droit français alors que le droit allemand fait prévaloir celle de justice contractuelle, quelle que soit la qualité des cocontractants. Il est forcément difficile, dans ces conditions, d'élaborer un texte portant droit commun contractuel. Les difficultés qui peuvent être contournées dans les textes à vocation spéciale, le seront beaucoup plus difficilement lorsqu'il s'agit de principes généraux.

120. Pour autant, on ne saurait être d'accord avec les auteurs qui réduisent le droit communautaire à un ensemble de normes « qui traduit parfaitement l'esprit du despotisme éclairé et qui révèle une volonté d'organisation de la vie des peuples européens en termes purement quantitatifs et en fonction de critère exclusivement matériels » selon lesquels « il s'agit *grosso modo*, de réaliser les objectifs de l'économie sociale de marché, poursuivis parfois par les autorités bruxelloises [...] avec un messianisme qui ne suffit pas à tenir lieu de message spirituel »²⁸¹. Ce discours qui ne laisse aucun espoir pour l'harmonisation du droit des contrats, doit être combattu. Comment peut-on imaginer qu'un peuple qui a connu le *jus commune* que le même auteur reconnaît comme « le droit dont tous les autres ordres juridiques procèdent nécessairement et qui leur confère pleine valeur de droit en même temps qu'il fonde leur unité »²⁸², puisse avoir perdu toute référence spirituelle commune ? La réalisation du marché commun si elle est l'objectif principal du droit communautaire ne se réduit pas à une approche quantitative et les dispositions relatives à la protection contractuelle des consommateurs ou à l'équilibre contractuel dans les contrats entre professionnels en sont la manifestation²⁸³. Il existe donc en Europe, à défaut d'une véritable culture juridique, la volonté de protéger quelques valeurs communes.

121. Pourtant l'insuffisance de la culture juridique européenne fait ressortir les limites de la formation purement nationale des juristes européens et atteste de la nécessité des entreprises allant vers la formation d'une authentique communauté de juristes pouvant aisément

²⁸⁰ - LEGRAND (P.), La leçon d'Apollinaire, in : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, op. cit., p. 39.

²⁸¹ - OPPETIT (B.), Droit commun et droit européen, in : *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, p. 313.

²⁸² - Selon les termes de RENOUX-ZAGAME (M.-F.), La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés, *Rev. Hist. Fac. de droit*, 1990, n° 10-11, p. 133.

²⁸³ - Voir la deuxième partie de cette étude.

communiquer entre-eux. Les auteurs reconnaissent généralement le manque d'intérêt que manifeste la majorité des juristes à l'égard des droits étrangers. René David affirme que l'un des principaux obstacles à la construction d'un droit commun contractuel est « la routine du juriste » qui se sent bien dans le monde et dans les cadres de son droit national²⁸⁴. Denis Tallon émet la même critique à l'égard de l'état d'esprit du juriste qui « de même que le sportif qui affirme s'intéresser seulement à la beauté du jeu et qui, malgré tout, souhaite la victoire de l'équipe de son pays [...] a tendance à trouver que la règle de son propre droit est la meilleure et que l'harmonisation doit être faite sur ce modèle ». Or l'état d'esprit des juristes est le fruit de leur éducation. Dès lors, l'unique moyen de parvenir à un droit commun des contrats en Europe passe par la création d'un système éducatif juridique commun²⁸⁵. Déjà la pratique de séjours d'étudiants dans des universités étrangères a ouvert la voie. Mais la formation d'une culture juridique commune nécessite un travail plus important : le développement des cours de droit comparé, l'émergence de cours « traditionnels » qui ne seraient pas focalisés sur les uniques solutions nationales, la confection d'ouvrages de droit privé authentiquement européen : les fameux *Case books* sur le droit commun européen²⁸⁶. Autant de projets qui contribueraient plus sûrement encore que l'adoption de textes obligatoires à l'émergence d'une commune façon de penser. De tels travaux ont déjà vu le jour dans les Etats les plus actifs au plan européen, permettant de croire en une future « libre circulation des règles juridiques ». En Italie, par exemple s'est développé un puissant courant favorable à une construction européenne fondée sur une communauté de juristes²⁸⁷, mais aussi en Allemagne et même en Grande-Bretagne. La France paraît particulièrement réticente sur ce point et le traitement du droit communautaire, dans les universités françaises, en est révélateur. A défaut de ce travail, il sera toujours aussi déroutant pour un juriste français de lire un ouvrage, un article ou une décision de justice britannique même traduite, et encore plus difficile pour les autorités communautaires de construire une base commune aux droits nationaux des contrats.

122. Le rôle du droit comparé dans le rapprochement des droits privés nationaux a déjà été souligné. Le rôle primordial que cette science détient au regard de la constitution d'une véritable communauté européenne de pensée juridique mérite d'être souligné. Le professeur Berger affirme en ce sens : « The recognition that comparative law is an independent legal science, the realisation that its principal goal is to transform the mentality of lawyers and the acceptance that it is today impossible for lawyers to limit their reasoning to the framework of

²⁸⁴ - DAVID (R.), *Le droit continental, la Common Law et les perspectives d'un jus commune européen*, *op. cit.*, p. 124.

²⁸⁵ - Voir : LUNDMARK (T.), *Educating Lawyers for Europe*, in : *Les multiples langues du droit européen uniforme*, sous la dir. de SACCO (R.) CASTELLANI (L.), L'Harmattan Italia, 1999, pp. 115-121.

²⁸⁶ - Voir sur ce point : BUSSANI (M.) MATTEI (U.), *Le fond commun du droit privé européen*, *RIDC*, 1-2000, pp. 29-48.

²⁸⁷ - Voir par exemple les travaux du groupe Trento, sous la dir. de BUSSANI (M.) MATTEI (U.), *The Common Core Approach to European Private law*, *The Columbia journal of European Law*, 1997-1998, vol. 3, n°3, p. 339 ; Ou encore : KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, Tübingen, 1996.

their own domestic system must have a substantial impact on the decision-making process of domestic courts within the EU »²⁸⁸. Les raisons générales avancées pour justifier l'inconsistance du droit positif communautaire en matière de droit commun des contrats, doivent être prises en considération et combattues. Il convient pourtant de noter que le principal obstacle est réel : il est probablement d'ordre linguistique.

B – L'absence d'unité linguistique européenne

123. F. Geny affirmait « le langage est le prolongement pratiquement nécessaire des concepts »²⁸⁹. Le *jus commune* possédait le latin comme langue académique commune. Les *Restatements* américains se fondent sur une langue commune aux différents Etats fédérés. Et la notion de culture juridique recouvre au-delà des principes et idéologies « le vocabulaire propre aux professions juridiques »²⁹⁰. Or, s'il existe un ordre juridique communautaire autonome des ordres juridiques nationaux, s'il existe des concepts et des méthodes propres au droit communautaire, l'Union européenne demeure caractérisée par le multilinguisme. La richesse de l'Union repose essentiellement sur la diversité des Etats membres et le multilinguisme est l'une des « manifestations essentielles » de la culture et de la civilisation européennes²⁹¹. Il n'en demeure pas moins que même les plus ardents défenseurs du droit communautaire des contrats reconnaissent que la diversité linguistique constitue une entrave majeure à la réalisation de celui-ci. Ainsi Jürgen Basedow affirme « il manque un moyen linguistique neutre, susceptible de transmettre les pensées juridiques »²⁹². Autre fervent défenseur d'un droit commun des contrats, le Professeur Tallon recense les nombreux « pièges du langage »²⁹³ que recèlent les droits des Etats membres et qui sont constitués par de nombreux *faux amis*, ainsi que par l'existence de notions proches mais ne se recouvrant pas totalement²⁹⁴. On a déjà vu par exemple que derrière le terme unique et essentiel de contrat, se cachent des concepts différents en *Common Law* et en droit civil. Par ailleurs, certains termes étrangers n'ont aucun équivalent français. Les exemples sont fournis essentiellement par le droit anglais des contrats : les termes de *trust* de *bailment* sont le fondement de ce droit et ne peuvent être traduits en langue française. Il faut pour en saisir le sens se plonger dans l'étude de l'histoire du droit anglais. La simple traduction d'un texte d'une langue à l'autre ne suffit

²⁸⁸ - BERGER (K. P.), *Harmonisation of European Contract Law The influence of Comparative Law*, *op. cit.*, p. 886-887.

²⁸⁹ - GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, 1921, p. 448.

²⁹⁰ - *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op.cit.*, p. 139.

²⁹¹ - CAMPANA (M.-J.), *Vers un langage juridique commun en Europe*, in : *Les multiples langues du droit européen uniforme*, sous la dir. de SACCO (R.) CASTELLANI (L.), L'Harmattan Italia, Turin, 1999, p. 8.

²⁹² - BASEDOW (J.), *Un droit commun des contrats pour le marché commun*, *RIDC*, 1, 1998, p. 9.

²⁹³ - TALLON (D.), *L'harmonisation des règles du droit privé entre pays de droit civil et de Common Law*, *op. cit.*, p. 515.

²⁹⁴ - SACCO (R.), *Langue et droit*, in : *Les multiples langues du droit européen uniforme*, *op. cit.*, pp. 163-185, spec pp. 172-175.

malheureusement pas pour que ressorte une équivalence de sens²⁹⁵. En ce sens, un auteur anglophone disait très justement en 1784 : « Dictionaries are like watches, the worst is better than none and the best cannot be expected to go quite true »²⁹⁶.

124. Est-ce à dire que tant que l'Europe ne connaîtra pas l'unité linguistique elle ne pourra construire un droit commun ? Non, ce serait déclarer définitivement l'infaisabilité d'une telle entreprise. C'est déjà l'un des arguments essentiels des adversaires les plus convaincus d'un droit communautaire des contrats²⁹⁷. La diversité linguistique européenne, loin d'être négligeable, ne doit pas servir d'alibi à l'inaction communautaire. D'une part, penser ainsi c'est oublier le paradoxe communautaire très joliment mis en évidence par le professeur Poillot-Peruzzetto dans une étude électronique sur la codification du droit de l'Union européenne²⁹⁸, qui indique que le multilinguisme permet une représentation adaptée aux réalités des différents Etats. L'auteur résume parfaitement ce paradoxe : « La question de la langue est ainsi représentative du paradoxe et du continu et nécessaire va et vient entre les ordres nationaux et l'ordre communautaire : si les Etats et leur ordre juridique ne peuvent plus raisonner à leur échelle, si l'existence de l'Union participe à l'internationalisation du droit et à la nécessité d'étendre le champ des analyses, il n'en reste pas moins que l'Union ne peut d'avantage s'observer en faisant abstraction des Etats qui la constituent. Etats et Union sont à la fois et l'un et l'autre tout et partie ». D'autre part, la connaissance approfondie des systèmes juridiques étrangers, seule, permet de déjouer les pièges du langage. Il convient donc de reconnaître l'urgente nécessité d'un enseignement juridique qui, sans résoudre toutes les difficultés linguistiques, permettra de passer outre celles-ci, en perfectionnant la culture juridique européenne.

125. La discordance entre les concepts est source d'incertitude et d'incompréhension, et il s'agit probablement là du seul véritable obstacle à l'établissement d'un droit commun contractuel. Pourtant un autre obstacle est fréquemment dénoncé : celui de la difficulté de trouver dans les Traités une base juridique à l'action du législateur communautaire dans le domaine du droit commun des contrats. C'est pourquoi la question des compétences communautaires mérite à présent d'être posée.

²⁹⁵ - Voir en ce sens : GREENSTEIN (R.), Vol au dessus d'un nid de casquettes ou tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur les pièges de la traduction juridique, in : *Variation autour d'un droit commun – travaux préparatoires*, Société de législation comparée, Paris, 2001, pp. 101-119.

²⁹⁶ - JOHNSON (S.), Lettre à Francesco Sastres, 1784, cité par GREENSTEIN (R.), Vol au dessus d'un nid de casquettes..., *op. cit.*, p. 101.

²⁹⁷ - Dans un tout récent article, le professeur Cornu affirme en ce sens : « A chaque Etat de dire ses lois dans sa ou ses langues, avec le soin qu'il y mesure. Le Code civil français, en son œuvre, ne peut être pensé puis écrit qu'en français, notre unique langue ». CORNU (G.), Un code civil n'est pas un instrument communautaire, *D*, 2002, n°4, p. 351.

²⁹⁸ - POILLOT-PERUZZETTO (S.), La codification du droit de l'Union européenne : www.peruzzetto.com/art/codification_communautaire.htm. L'auteur y mène l'analyse avec pour fil d'Ariane une analogie avec le Petit Prince d'Antoine de Saint-Exupéry.

§2 - LES regles d'attribution et d'exercice des COMPÉTENCES

126. Comme toute organisation internationale la Communauté ne peut effectivement intervenir que dans les conditions fixées dans les Traités institutifs. Et, même si les réformes successives ont considérablement élargi les domaines de compétence communautaire, il n'en reste pas moins qu'il s'agit uniquement de compétences d'attribution²⁹⁹. Ce principe est largement rappelé dans le Traité sur l'Union européenne ; L'article 5 qui constitue la pièce maîtresse du système d'attribution des compétences, dispose ainsi que : « Le Parlement européen, le Conseil, la Commission et la Cour de justice exercent leurs attributions dans les conditions et aux fins prévues, d'une part, par les dispositions instituant les Communautés européennes et des Traités subséquents qui les ont modifiés ou complétés et, d'autre part, par les autres dispositions du présent Traité ». Enfin l'article 7 du Traité instituant la Communauté européenne (ancien article 4) affirme « chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le présent Traité ». En vertu de ces deux dispositions, la Communauté a besoin d'un titre juridique pour entamer toute action, à défaut de quoi son intervention peut être attaquée pour illégalité³⁰⁰.

Parmi les objectifs assignés à la Communauté, aucun ne vise expressément l'établissement d'un droit commun des contrats. Il s'agit donc de déterminer s'il est possible de trouver une compétence implicite, fondée sur un des objectifs communautaires. Ces objectifs sont énumérés à l'article 2 : « La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, d'une Union économique et monétaire et par la mise en œuvre des politiques ou des actions communes visées aux articles 3 et 4, de promouvoir un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques [...] ». Il semble déjà possible de voir dans la notion de « développement harmonieux et équilibré des activités économiques » un objectif pouvant nécessiter l'harmonisation du droit des contrats. Pour atteindre les objectifs fixés à la Communauté, le Traité établit, en son article 3, une liste d'actions pouvant être nécessaires. Bien sûr « l'article 3 ne mentionne nullement l'élaboration d'un droit privé européen »³⁰¹, mais il prévoit par contre « le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun ». C'est dans ce cadre qu'il faut situer le débat sur les compétences communautaires en matière de droit commun des contrats.

²⁹⁹ - Ce principe a été affirmé formellement par la CJCE dans son avis 2/94 du 28 mars 1996 concernant l'adhésion de la Communauté à la CEDH. SIMON (D.) L'avis 2/94 du 28 mars 1996 sur l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme, *Europe*, n°6, juin 1996.

³⁰⁰ - Sur le contentieux relatif au défaut de base juridique ou à l'erreur de base juridique, voir : WACHMANN (A.), Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour, *Europe*, janvier 1993, p. 1-5.

³⁰¹ - IDOT (L.), Les bases communautaires d'un droit privé européen (traité de Maastricht et traité de Rome), *in* : *Le droit privé européen, op. cit.*, p. 23.

127. Pour beaucoup d’auteurs la raison qui explique l’absence d’harmonisation du droit commun des contrats réside dans la répartition des compétences communautaires et nationales. Et, de fait, la recherche d’une base juridique valable (I) et le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité (II) peuvent constituer des obstacles à l’intervention communautaire en cette matière.

I – La recherche d’une base juridique valable

128. La base juridique d’un acte communautaire est constituée par une ou plusieurs dispositions des Traités déterminant l’existence d’une compétence communautaire ainsi que son intensité. La recherche d’une base juridique valable à une action communautaire doit se faire dans le cadre des compétences spécifiques attribuées à la Communauté (A). Mais il faut déterminer s’il est possible de fonder une action sur une des compétences communautaires dites « subsidiaires »³⁰² (B.)

A – Dans le cadre des compétences spécifiques de la Communauté

129. Parmi les dispositions relatives au rapprochement des législations, il semble, selon l’ensemble de la doctrine, que l’article 96 (ancien article 101) doit être mis à l’écart. Cet article dispose : « Au cas où la Commission constate qu’une disparité existant entre les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des Etats membres fausse les conditions de concurrence sur le marché commun et provoque, de ce fait, une distorsion de concurrence qui doit être éliminée, elle entre en consultation avec les Etats membres intéressés. Si cette consultation n’aboutit pas à un accord éliminant la distorsion en cause, le Conseil arrête, sur proposition de la Commission, les directives nécessaires à cette fin, en statuant à la majorité qualifiée. La Commission et le Conseil peuvent prendre toutes autres mesures utiles prévues par le présent Traité ». Si cet article a un objectif similaire à celui de l’article 94 (ancien article 100), sa rédaction en limite considérablement la portée, en faisant une disposition marginale. Selon la plupart des commentateurs il s’agit là d’un texte nécessitant pour son application, des conditions plus restrictives que l’article 94. Il résulte de la terminologie utilisée qu’il ne suffit pas d’avoir pour objectif l’établissement ou le fonctionnement du marché commun en général, mais bien de faire face à des distorsions de concurrence « dépassant un certain degré de gravité »³⁰³. Pour cette raison, l’utilisation de

³⁰² - ISAAC (G.), *Droit communautaire général*, Armand Colin, 7^{ème} éd., 1999, p. 32.

³⁰³ - Commentaire article par article des Traités UE et CE, sous la dir. de LEGER (P.), Dalloz, Paris, 2000, p. 955.

cette disposition est exceptionnelle³⁰⁴. Il est généralement perçu comme un « solution de crise » et la Commission ne s'en sert que comme base juridique potentielle, sorte « d'épée de Damoclès certes, quelque peu rouillée »³⁰⁵.

130. C'est donc très traditionnellement que la base juridique d'une harmonisation des droits communs des contrats devra être recherchée dans les articles 94 et 95 du Traité (anciens 100 et 100A) qui ont pour fonction d'accomplir le rapprochement des législations nationales. L'article 94 (ancien 100) dispose : « Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen et du comité économique et social, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun. ». Et l'article 95 (ancien 100A) qui fut introduit par l'Acte unique et dont le Traité d'Amsterdam n'a fait que redéfinir les modalités de dérogation, prévoit que « par dérogation à l'article 94 et sauf si le présent Traité en dispose autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 14. Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social, arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ». Dans les deux cas, l'harmonisation recherchée, dont on a admis après de longues discussions qu'elle pouvait être synonyme de rapprochement des législations, doit avoir un lien avec la création d'un espace d'échanges économiques. L'idée est que ce rapprochement des législations n'est pas une fin en soi, mais doit permettre d'atteindre un objectif. A ce propos, l'article 94 emploie la notion de « marché commun », alors que l'article 95 vise le « marché intérieur ». Même si les deux notions ne sont pas parfaitement synonymes (la seconde semble mettre l'accent sur l'aspect interne de la question³⁰⁶) la portée de la distinction n'est guère significative pour le domaine de notre étude. Si d'autres différences rédactionnelles apparaissent entre les deux articles qui ont donné lieu à une importante controverse³⁰⁷, l'objet de notre étude les dépasse largement puisqu'il nous faut répondre à une unique question. Le point central est de savoir si la diversité des droits communs nationaux en matière contractuelle exerce ou non une influence négative sur le développement du marché communautaire. Les opinions sur ce point sont très contrastées. Certains ont affirmé que l'ancien article 100 (article 94 actuel) donnait à la Communauté une compétence quasi-illimitée. C'est effectivement sur le fondement de cette disposition que la Communauté a pu mener une politique communautaire de protection de l'environnement ou

³⁰⁴ - Il a servi de base juridique à l'exercice de certaines compétences internationales de la Communauté : Voir COM/96/572/final.

³⁰⁵ - *Commentaire article par article des Traités UE et CE, op. cit.*, p. 954.

³⁰⁶ - *Commentaire article par article des Traités UE et CE, op. cit.*, p. 909.

³⁰⁷ - *Ibid*, pp. 897-952.

encore de protection des consommateurs³⁰⁸ en l'absence de base juridique spécifique. La majorité qualifiée que suppose l'article 100A (article 95 actuel), a sensiblement réduit après l'Acte unique l'intérêt de l'article 100 qui lui exigeait l'unanimité³⁰⁹.

131. Dans un arrêt du 5 octobre 2000 concernant la directive 98/43 relative à la publicité en faveur des produits du tabac³¹⁰, la Cour a précisé que l'ancien article 100 A ne pouvait être interprété « en ce sens qu'il donnerait au législateur communautaire une compétence générale pour réglementer le marché intérieur ». Elle a précisé que « si la simple constatation de disparités entre les réglementations nationales ainsi que du risque abstrait d'entraves aux libertés fondamentales ou de distorsions de concurrence susceptibles d'en découler était suffisante pour justifier le choix de l'article 100 A comme base juridique, le contrôle juridictionnel du respect de la base juridique pourrait être privé de toute efficacité ». La démonstration de la réalité de l'entrave au bon fonctionnement du marché intérieur, que constitue la diversité des droits nationaux du contrat doit donc être strictement établie.

Une majorité d'auteurs considère que l'article 95 ne peut justifier que des actions ponctuelles et en aucun cas un texte créant un droit commun des contrats³¹¹. Pour ces auteurs, l'incidence de la diversité des droits communs nationaux sur le fonctionnement du marché commun ne peut être prouvée. Pour le professeur Jamin, par exemple, ni le commerce transfrontalier, ni la concurrence entre Etats membres ne sont réellement affectés par la disparité des législations nationales. Il évoque tout d'abord le fait que ce sont essentiellement les différences de prix, la proximité et l'habitude qui poussent les opérateurs économiques à contracter, et affirme ensuite que « le lien entre l'uniformisation du droit et l'accroissement de la concurrence n'est pas probant »³¹². Ivo Schwartz, qui a été pendant de nombreuses années le responsable du rapprochement des législations nationales, fait valoir que le Traité ne se rapporte pas à l'harmonisation du droit privé, mais qu'il confère seulement des compétences à la Communauté en vue de l'intégration des marchés. Il affirme que « les différences en matière de droit privé et de procédure civile ne restreignent la libre circulation et ne faussent la concurrence dans le Marché unique qu'exceptionnellement »³¹³. Cette vision semble être partagée par la Cour de Justice des Communautés européennes.

³⁰⁸ - L'article 100 a servi de base à la directive 85/577 concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, et à la directive 87/102 relative au crédit à la consommation.

³⁰⁹ - Après l'Acte unique, l'article 100A a servi de base à la directive 93/13 sur les clauses abusives, 90/314 sur les voyages et vacances à forfait, n°94/47 sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un bien immobilier, 97/7 sur les contrats négociés à distance.

³¹⁰ - CJCE, 5 octobre 2000, *RFA c. Parlement et Conseil*, aff C-376/98, *Rec.* p. 8419.

³¹¹ - Voir notamment JAMIN (C.), *Un droit européen des contrats ?*, *op. cit.*, pp. 51-54.

³¹² - JAMIN (C.), *Un droit européen des contrats*, *op. cit.*, p. 52-53.

³¹³ - SCHWARTZ (I.), *Perspektiven der Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft*, *ZeUP*, 1994, pp. 559-570.

132. Il convient pour confirmer cette affirmation de citer deux arrêts rendus par la CJCE. Dans l'arrêt *Alsthom Atlantique c/ Sulzer*³¹⁴, la Cour a relevé que les règles du droit français sur la garantie du vendeur commercial pour les vices de la chose vendue ne restreignent pas la liberté de circulation des marchandises au sens des articles 30 et 34 (actuellement articles 28 et 29) du Traité CE, parce que les parties au contrat d'exportation restent libres d'exclure l'application de ces règles par le choix d'une loi étrangère comme *lex contractus*. En effet, il ne s'agit que d'un cadre juridique offert aux acteurs du marché qui ne peut donc pas être regardé comme une restriction nationale au commerce. La société française Alsthom avait vendu deux navires de croisière à une compagnie néerlandaise. Lors de la livraison, cette dernière constate le mauvais fonctionnement de certains équipements des navires, équipements fabriqués par la compagnie Sulzer, sous traitance d'Alsthom. Une action est engagée devant le tribunal de Paris afin de faire reconnaître que la société Sulzer serait redevable de toutes les condamnations prononcées contre Alsthom dans cette affaire. Devant la juridiction française, Sulzer invoque le caractère discriminatoire de la jurisprudence française en matière de garantie des vices cachés. La Cour de cassation interprète en effet les articles 1641 et 1643 du Code civil en ce sens qu'un vendeur professionnel est soumis à une présomption irréfutable de connaissance des vices de la chose vendue, et qu'il ne peut se défaire de cette présomption que s'il s'agit de relations contractuelles entre vendeur de même spécialité. Les clauses limitatives de responsabilité ne sont donc jamais admises lorsque vendeur et acheteur ne sont pas de même spécialité. Selon la société requérante, la jurisprudence française crée une discrimination à l'encontre des sociétés soumises au droit français, ce qui fausserait la concurrence entre Etats membres et qui serait à considérer comme une mesure d'effet équivalent aux restrictions quantitatives. Le Tribunal de Paris a posé la question de la compatibilité de la jurisprudence française au regard des articles 34 et 85 du Traité. Concernant la compatibilité de la jurisprudence française avec l'article 85 (nouvel article 81) la Cour a tout d'abord affirmé qu'une telle disposition n'était applicable qu'aux pratiques concertées des entreprises et non aux décisions adoptées par les organes des Etats membres. Concernant l'idée de discrimination et la compatibilité avec l'article 34 (nouvel article 29) la Cour rappelle que la disposition vise les mesures qui ont pour objet ou pour effet de restreindre les courants d'exportations, et fait ensuite remarquer que la jurisprudence en cause s'applique indistinctement à toutes les relations commerciales régies par le droit français et d'autre part, que s'agissant d'un contrat de vente international, les parties sont libres de déterminer le droit applicable et donc de faire échec à l'application de la jurisprudence en cause.

133. Dans l'affaire *Motorradcenter*³¹⁵, la Cour a jugé qu'une jurisprudence nationale, imposant une obligation d'information pré-contractuelle, ne pouvait être considérée comme

³¹⁴ - CJCE, 24 janvier 1991, *Alsthom Atlantique*; aff C-339/89, *Rec.*, p. 107, point n°15.

³¹⁵ - CJCE, 13 octobre 1993, *CMC Motorradcenter GmbH*, aff C-93/92, *Rec.* p. 5018.

une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives. Ce litige qui concernait la vente d'une motocyclette et les garanties accordées à l'acheteur en cas d'importation parallèle, avait pour source l'essence du droit allemand des contrats. Comme il a déjà été indiqué, le droit allemand attache une importance considérable à la bonne foi dans les relations contractuelles. La jurisprudence allemande a, en ce sens, une conception précise de la période précontractuelle. Selon cette conception le début des négociations contractuelles fait naître entre les deux parties une relation de confiance mutuelle dont il découle « qu'une partie doit tenir compte des intérêts de l'autre et doit en particulier l'informer des circonstances qu'elle est seule à connaître et dont elle sait qu'elles présentent une importance déterminante pour la décision de l'autre partie de contracter ou non »³¹⁶. Dans ses conclusions, l'Avocat général Walter Van Gerven a affirmé « nous ne voyons pas comment, en elle-même, [une telle obligation jurisprudentielle] pourrait entraver le commerce intracommunautaire (directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement) ». Et la Cour a suivi ce raisonnement en concluant que « l'article 30 du traité CEE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une règle jurisprudentielle d'un Etat membre qui impose une obligation d'information dans les relations précontractuelles ». Il est possible *a priori* de déduire de la jurisprudence de la Cour que la disparité des règles générales régissant le droit des contrats dans les différents Etats membres ne constitue pas une entrave au bon fonctionnement du marché commun qui justifierait l'adoption de textes d'harmonisation. Pourtant on ne saurait accorder à ces deux arrêts une portée aussi large. Les questions posées ne portaient pas sur l'influence de la législation nationale, sur le fonctionnement du marché commun en général, mais seulement sur le terrain de la libre circulation des marchandises (arrêts *Alsthom* et *Motorradcenter*) et de la libre concurrence (arrêt *Alsthom*). Les décisions paraissent, à cet égard, s'inscrire tout à fait logiquement dans la politique jurisprudentielle de la Cour qui, à l'époque où les arrêts ont été rendus, tentait de réduire la portée alors infinie de la jurisprudence *Dassonville*. Mais il n'est pas pour autant possible d'en conclure définitivement qu'aucun texte communautaire harmonisant le droit commun des contrats ne pourra prendre sa source dans les dispositions des Traités. Les articles 94 et 95 ont une portée bien plus large que les dispositions spécifiques relatives à la libre circulation des marchandises ou à la libre concurrence.

134. Il convient de mentionner qu'en réponse à une question écrite, la Commission a indiqué qu'elle n'envisageait pas de présenter des propositions à caractère général ayant pour but de réaliser une harmonisation du droit des contrats³¹⁷. L'institution a expressément affirmé : « La Commission n'envisage pas de présenter des propositions à caractère général ayant pour but de réaliser une harmonisation du droit des contrats. Certaines initiatives ponctuelles prises au niveau communautaire contribuent néanmoins à un rapprochement de certains éléments des

³¹⁶ - C'est l'exposé de la conception allemande qui est fait par l'Avocat général Walter Van Gerven dans ses conclusions, *Rec.*, p. 5015.

³¹⁷ - Question écrite posée par M. THYSSEN, 95/C/190/62, *JOCE*, du 24/07/1995, n°C-190/31.

droits nationaux relatifs aux contrats ». Cette position de la Commission, datant de 1995, semble devoir être relativisée à la lumière de sa communication du 11 juillet 2001³¹⁸. Affirmant qu'elle « souhaite obtenir des informations sur la nécessité d'une action communautaire plus étendue en matière de droit des contrats, en particulier dans la mesure où la démarche ponctuelle ne serait pas en mesure de résoudre tous les problèmes pouvant se poser »³¹⁹, et qu'elle attend notamment « des points de vue sur des problèmes concernant le fonctionnement du marché intérieur dus à la coexistence de droits nationaux des contrats différents »³²⁰, la Commission européenne semble, à présent, envisager la possibilité de présenter une proposition à caractère général ayant pour but d'harmoniser le droit des contrats. Le professeur Laurence Idot résume parfaitement bien la réalité de la situation des institutions communautaires au regard d'une telle action lorsqu'elle affirme, à propos de la réponse donnée en 1995 par la Commission : « il s'agit, en fait, d'une prise de position politique, car la souplesse du texte pourrait justifier une solution inverse »³²¹.

135. Une doctrine (de moins en moins) minoritaire considère que la base juridique à l'élaboration d'un droit européen des contrats existe³²². Dans cette conception le fonctionnement du marché intérieur, qui implique la suppression des frontières intérieures, suppose aussi la suppression des frontières du droit. Les articles 94 et 95 du Traité peuvent donc parfaitement être utilisés. Les arguments au service de cette conception sont parfaitement logiques. Les opérateurs économiques éprouvent une certaine réticence à contracter dans un Etat étranger ou avec un contractant étranger en raison de l'incertitude qui pèse sur la validité et l'application du contrat. L'insécurité juridique, ajoutée au fait que le prix d'une consultation juridique préalable se révèle, dans la plupart des cas, plus élevée que le coût total de la transaction, a pour conséquence que certains préfèrent s'abstenir de conclure un contrat transfrontière plutôt que d'assumer les risques découlant de la conclusion. Il paraît difficile de nier le bien-fondé de ces affirmations. Mais il semble falloir les nuancer. Analysant l'absence de droit communautaire en matière contractuelle, nous avons constaté, qu'en réalité, tous les opérateurs économiques ne subissent pas, avec la même intensité, les risques d'insécurité juridique. Il semble que les consommateurs sont ceux qui sont le plus découragés par l'incertitude juridique. Les grandes entreprises possèdent des services juridiques performants, et les PME, un peu plus exposées, peuvent toujours avoir recours à la consultation juridique. Dès lors le fondement d'une action générale se trouverait affaibli et il serait parfaitement légitime de se contenter d'actions ponctuelles protégeant les consommateurs. C'est très

³¹⁸ - Communication concernant le droit européen des contrats, déjà citée, COM (2001) 398 final.

³¹⁹ - COM (2001) 398 final, p. 6.

³²⁰ - *Ibid*, p. 20.

³²¹ - IDOT (L.), Les bases communautaires d'un droit privé européen, *op. cit.*, pp. 22-35.

³²² - Voir notamment : BASEDOW (J.), Un droit commun des contrats pour le marché commun, *op. cit.*, p. 264 et s., et spéc. p. 271. Pour une étude en langue anglaise, voir : VAN GERVEN (W.), Coherence of Community and national laws ; Is there a legal basis for a European civil code ?, *REDP*, 1997, p. 465. TILMAN (W.), The legal basis for a European Civil Code, *REDP*, 1997, pp. 471.

certainement l'analyse qu'a dû faire la Commission en 1995. Pourtant ce diagnostic a des limites. S'il est vrai que les consommateurs subissent de plein fouet les risques liés à l'absence d'harmonisation et que les grandes entreprises ne les connaissent pas, le cas des PME, qui constitue la part la plus importante des opérateurs économiques concernés par le commerce communautaire est probablement à revoir. Tout d'abord toutes les opérations qu'elles peuvent conclure n'atteignent pas un coût suffisant pour justifier une consultation juridique. Ensuite cette dernière ne se révèle pas souvent efficace eu égard à la mauvaise formation des avocats en matière de droits étrangers, ce qui n'est pas malheureusement pas contestable et que souligne parfaitement Jürgen Basedow³²³.

Outre le nombre d'opérations économiques qui risquent de ne pas être effectuées pour cet ensemble de raisons, il convient de prendre en considération la hausse des coûts de transaction impliqués par l'absence d'harmonisation. Pour pallier l'insécurité juridique, les parties vont essayer d'obtenir un maximum d'informations sur le droit applicable et mettre en place des solutions pratiques assurant la bonne exécution des obligations contractuelles³²⁴. Par conséquent, « les différences entre règles nationales de droit en matière de contrats suscitent des coûts pour l'économie européenne sous forme de non-conclusion de transactions par les parties découragées par les risques du commerce extérieur »³²⁵. La prise en compte de ce type de raisons n'a-t-elle pas conduit à l'avènement de la monnaie unique ? Tout semble dépendre, en fait, très largement de la volonté politique des institutions communautaires et, à travers elles, des Etats membres. La consultation lancée très récemment par la Commission révèle que la question suscite actuellement des interrogations au plus haut niveau, dont il n'est pas possible pour l'heure de prévoir les retombées. Seul le Parlement européen semble déjà convaincu par la nécessité d'une telle action. En 1989 il avait déjà adopté une résolution « sur un effort de rapprochement du droit privé des Etats membres » dans laquelle il estimait que « l'objectif poursuivi en l'occurrence trouve sa pleine justification juridique dans les dispositions du traité et de l'Acte unique »³²⁶. Compte tenu des incertitudes relatives aux compétences spécifiques de la Communauté en matière contractuelle, il convient d'envisager les possibilités offertes par les compétences dites subsidiaires.

B – Dans le cadre des compétences subsidiaires de la Communauté

136. Dans ces conditions, la question du recours à l'article 308 du Traité (ancien article 235) ne manque pas de se poser. Cette disposition permet à la Communauté de s'adapter aux situations nouvelles en étendant ses compétences sans nécessiter une révision formelle du

³²³ - BASEDOW (J.), *Un droit commun des contrats pour le marché commun*, *op. cit.*, p. 18.

³²⁴ - MATTEI (U.), *A transaction cost approach to the European Code*, *REDC*, 1997, Vol. 5, pp. 537-540.

³²⁵ - *Ibid.*, p. 18.

³²⁶ - A2-157/89, *JOCE* du 26/05/89, n° C-158 p. 400.

Traité. Cet article qui constitue une soupape pour les institutions communautaires corrigeant « la rigidité du principe d'attribution expresse des compétences »³²⁷ est ainsi rédigé : « Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent Traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées ». Les trois conditions d'application (caractère nécessaire de la mesure, réalisation d'un des buts de la Communauté et absence de compétence communautaire) sont strictement définies, car il s'agit d'un « levier d'intégration dont l'utilisation doit demeurer exceptionnelle »³²⁸. En dépit de nombreuses controverses³²⁹, ces conditions ont été interprétées assez soupagement. En conséquence, le recours à cette disposition a été relativement fréquent³³⁰. L'idée d'un recours à cette disposition pour l'établissement d'un droit commun des contrats, paraît donc séduisante. D'autant que le renvoi implicite qui est fait à l'article 2 du Traité, énumérant les missions de la Communauté, peut justifier une telle action au regard de l'objectif de développement « harmonieux et équilibré des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté ». Mais le recours à l'article 308 à titre de fondement unique ou son adjonction à une ou plusieurs autres bases juridiques est souvent mal perçu par les Etats membres qui y voient une solution de facilité employée par les institutions pour détourner une compétence supplémentaire. La CJCE a rappelé à plusieurs reprises le caractère subsidiaire de cette disposition³³¹ et a déjà sanctionné le recours complémentaire à cette disposition alors qu'un autre article du Traité pouvait, à lui seul, fonder la compétence communautaire³³². Elle a, par une attitude qualifiée de « brutalement négative »³³³, affirmé que : « faisant partie intégrante d'un ordre institutionnel basé sur le principe des compétences d'attribution, cette disposition ne saurait constituer un fondement pour élargir le domaine des compétences de la Communauté, au-delà du cadre général résultant de l'ensemble des dispositions du Traité et, en particulier, de celles qui définissent les missions et les actions de la Communauté »³³⁴. Il faut en conclure que l'article 308 ne doit donc pas servir dans le seul but d'éviter de trancher un problème de compétence. Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que l'utilisation de l'article 308 nécessite un vote à l'unanimité au sein du Conseil. Dans ces conditions, la possibilité de recourir à cette disposition ne permettra pas d'éviter le débat sur la nécessité d'une harmonisation des dispositions nationales relatives aux principes généraux en matière contractuelle. A moins,

³²⁷ - FLAESCH-MOUGIN (C.), Article 235, in : *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Sous la dir. de CONSTANTINESCO (V.), JACQUE (J.-P.) SIMON (D.), Economica, Paris, 1992, p. 1509.

³²⁸ - PETER (B.), La base juridique des actes en droit communautaire, *RMCUE*, mai 1994, n°378, p. 326.

³²⁹ - Pour une étude détaillée voir : MARENCO (G.), Les conditions d'application de l'article 235 du Traité CEE, *RMC*, 1970, n° 131, pp. 147-157. FLAESCH MOUGIN (C.), Article 235, in : *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article, op. cit.*, pp. 1509-1539.

³³⁰ - En 1998 plus de cinq cent actes avaient déjà été adoptés sur cette base.

³³¹ - CJCE, 12 juillet 1973, *Massey-Ferguson*, aff 8/73, *Rec.* p. 897.

³³² - CJCE, Arrêt du 26 mars 1987, *Commission / Conseil*, aff 45/86, *Rec.* p. 1517.

³³³ - SIMON (D.) L'avis 2/94 du 28 mars 1996 sur l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme, *op.cit.*, p. 3.

³³⁴ - CJCE, Avis, 2/94, déjà cité, point 30.

bien sûr, qu'une volonté politique émerge en ce sens et que, comme c'est souvent le cas, le processus communautaire serve d'habillage juridique à une décision purement politique.

137. En conclusion, la question de la base juridique d'une action communautaire fait apparaître plusieurs hypothèses. Il peut tout d'abord être reconnu que la diversité juridique constitue un frein au développement du marché commun dans sa globalité, alors l'utilisation des articles relatifs au rapprochement des législations sera possible pour l'adoption d'un texte harmonisant le droit commun des contrats. L'article 95, supposant la majorité qualifiée constituerait alors la base juridique idéale. L'utilisation conjointe de l'article 308 pourrait être envisagée si l'on considère qu'au regard de l'ampleur de l'action envisagée l'article 95 est d'une portée insuffisante. Par contre, dans le cas où l'incidence de la diversité juridique sur le fonctionnement du marché commun n'est pas reconnue, il sera impossible de trouver une base juridique valable, car dans ce cas même l'article 308 risquerait bien de n'être d'aucun secours. Une autre hypothèse est à envisager : celle dans laquelle les institutions communautaires considèrent que seuls les consommateurs subissent réellement les conséquences de cette diversité. Dans ce cas, l'idée d'une harmonisation du droit commun des contrats doit être abandonnée au profit d'un droit communautaire de la consommation.

138. A défaut d'émergence d'une volonté politique suffisamment puissante pour imposer l'idée qu'une harmonisation des législations nationales relatives au droit des contrats est véritablement nécessaire pour le fonctionnement du marché commun, l'adoption d'un acte communautaire contraignant paraît se heurter à un véritable problème de base juridique. D'autant que, comme l'a rappelé la Cour dans l'arrêt du 5 octobre 2000 déjà cité³³⁵, le principe des compétences d'attribution doit être combiné avec le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

II – Le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité

139. La subsidiarité, inscrite expressément pour la première fois dans le Traité de Maastricht, exige conformément à la technique fédérale, que : « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire ». Le principe de subsidiarité a connu un regain de popularité lorsqu'il a été introduit dans le Traité de Maastricht, bien qu'il s'agisse d'un principe politique qui existait déjà dans l'antiquité³³⁶. C'est en réalité grâce à la doctrine

³³⁵ - Aff C-376/98 déjà citée, point 83.

³³⁶ - L'idée se retrouvait déjà dans la pensée politique d'Aristote et a été reprise par Saint Thomas d'Aquin. Pour une étude historique du principe de subsidiarité, voir : MILLION-DELSOL (C.), *Le principe de subsidiarité*, Puf, coll. Que sais-je, Paris, 1993, 126 p.

religieuse du christianisme que le principe s'est exprimé le plus clairement. En 1931 le Pape Pie XI a énoncé la règle de la subsidiarité dans une encyclique ³³⁷ dont l'idée principale mérite d'être rappelée tellement elle correspond à l'esprit du principe à l'époque contemporaine : « On ne peut enlever aux individus, pour les transférer à la Communauté, les attributions qu'ils sont capables d'exercer de leur propre initiative et par leurs propres moyens. Ce serait commettre une injustice et mettre en péril l'ordre social, que de retirer aux groupes de niveau inférieur, pour les transférer à une collectivité plus vaste et d'un rang plus élevé, les fonctions qu'ils peuvent exercer individuellement. L'objet naturel de toute intervention en matière sociale est d'aider les membres du corps social et non pas de les détruire ni de les absorber ». La subsidiarité a d'abord été utilisée dans les Etats fédéraux, et ce n'est que progressivement que les autorités communautaires ont découvert qu'elle pouvait s'appliquer aux rapports entre Communauté et Etats membres. Pourtant le principe même des Communautés européennes repose sur l'idée de subsidiarité puisque l'attribution des compétences opérées à leur profit est fondée sur la nécessité pour les Etats de se regrouper pour faire face ensemble à des problèmes qu'ils n'étaient plus en mesure de traiter de façon satisfaisante séparément ³³⁸. Le Traité fondateur de la Communauté européenne du charbon et de l'acier prévoyait dans son article 5 « la Communauté accomplit sa mission dans les conditions prévues par le Traité, avec des interventions limitées [...]. Les institutions de la Communauté exercent des activités avec un appareil administratif réduit, en coopération étroite avec les intéressés ». Sans y être expressément nommée, l'idée de subsidiarité n'était pourtant pas étrangère au Traité de Rome. C'est ainsi que les articles 3, 100 et 100a (actuellement 3, 94 et 95) prévoyaient le rapprochement des législations nationales *dans la mesure nécessaire* au fonctionnement du marché commun. C'est en matière environnementale que le principe a été pour la première fois formalisé ³³⁹. Le Traité de Maastricht a ensuite supprimé le §4 de l'article 130 R en même temps qu'il a introduit la première référence générale au principe. Une première référence y est faite dans le préambule du Traité, dans lequel les Etats membres se déclarent « résolus à poursuivre le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples d'Europe, dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens conformément au principe de subsidiarité ». Mais c'est par le biais de l'ancien article 3B que le principe est formellement entré dans le droit positif communautaire. Cette disposition qui n'a pas été modifiée par le Traité d'Amsterdam et qui est devenue l'article 5 du Traité CE dispose : « Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats

³³⁷ - *Quadragesimo Anno*, Actae Apostolicae Sedis, XXIII, 1391, p. 203 § 126-127.

³³⁸ - RIDEAU (J.), *Droit institutionnel des Communautés et de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 3^{ème} éd., 1999, p. 505.

³³⁹ - L'article 130R (actuel article 174 CE), introduit par l'Acte unique européen, disposait en effet « la communauté agit en matière d'environnement dans la mesure où les objectifs visés [...] peuvent être mieux réalisés au niveau communautaire qu'au niveau des Etats membres pris isolément ».

membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire »³⁴⁰.

Le principe n'a pas pour vocation de déterminer si une compétence est ou non attribuée à la Communauté mais intervient, dès lors que la Communauté a déjà reçu compétence sur un domaine mais que cette compétence est partagée avec les Etats membres, afin de déterminer qui doit agir. Il ne s'agit donc pas d'un principe attributif des compétences mais d'un principe régulateur de l'exercice des compétences, comme l'a d'ailleurs souligné la Commission européenne³⁴¹. Le principe n'est appelé à jouer qu'en ce qui concerne les compétences concurrentes ou partagées. En effet l'article 5 précise « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive [...] ». C'est généralement de manière négative que sont définies les compétences concurrentes. Il s'agit des compétences qui ne sont réservées exclusivement ni à la Communauté ni aux Etats membres. Or, pas plus que les Traités ne donnent une liste des compétences communautaires, ils ne dressent une liste des compétences exclusives³⁴². Le champ d'application de ces compétences a été défini au regard des dispositions du Traité mais aussi de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et d'une communication de la Commission³⁴³. La Communauté est exclusivement compétente en ce qui concerne la suppression des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes des services et des capitaux, les règles de concurrence, l'organisation des marchés agricoles, les éléments essentiels de la politique des transports, la politique commerciale commune³⁴⁴ et la préservation des ressources de la pêche³⁴⁵. Le principe de subsidiarité ne peut donc trouver à s'appliquer dans l'un de ces domaines, pas plus d'ailleurs que dans les domaines de « compétences retenues des Etats », mais s'applique dans tous les autres domaines pour lesquels la Communauté détient une compétence³⁴⁶. Il a donc vocation à s'appliquer aux droits des contrats. Pour intervenir en matière de droit commun des contrats, les institutions communautaires auront donc à établir qu'une telle action revêt des aspects

³⁴⁰ - Il résulte de l'accord interinstitutionnel du 25 octobre 1993 (*Bull. CE*, 10/93, point 2.2.2) sur les procédures pour la mise en œuvre du principe de subsidiarité et du protocole n°7 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, qui est annexé au Traité d'Amsterdam, que pour chaque proposition de texte communautaire une déclaration doit justifier dans quelle mesure cette action est conforme au principe.

³⁴¹ - Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur le principe de subsidiarité, du 27 octobre 1992, SEC (92) 1990 final.

³⁴² - Les compétences exclusives se définissent comme « celles qui excluent toute intervention normative des Etats à l'expiration d'un certain délai, nonobstant le non-exercice de celles-ci par la Communauté ». D'autres auteurs ont écrit que « lorsque les objectifs ou les actions, délimitant une compétence de la Communauté, sont précisés dans le Traité de telle façon que toute action des Etats membres y serait nécessairement contraire, la compétence en cause est dite exclusive par nature, en ce sens que c'est le Traité lui-même qui exclut la compétence des Etats membres ». Voir : LENAERTS (K.) VAN YPERSELE (P.), *Le principe de subsidiarité et son contexte : Etude de l'article 3B du traité CE*, CDE, 1994, n° 1-2, p. 14, n°16.

³⁴³ - Communication du 27 octobre 1992, précitée.

³⁴⁴ - CJCE, Avis n° 1/75, du 11 novembre 1975, *Rec.* p. 1355.

³⁴⁵ - CJCE, Arrêt du 16 juillet 1976, *Kramer*, aff 3 et 4 et 6/76, *Rec.* p. 1279.

³⁴⁶ - Un auteur considère cependant qu'il n'est pas exclu que pour préserver l'effet utile du Traité, le principe puisse trouver à s'appliquer « à l'égard de compétences originellement réservées aux Etats membres mais dont il apparaît qu'elle seraient mieux exercées, au vu des objectifs poursuivis, au niveau de la Communauté ». Voir : VANDERSANDEN (G.), *Considérations sur le principe de subsidiarité*, Mélanges Velu, Bruylant, Bruxelles, 1992, t. 1, p. 195.

transnationaux qui par nature ne peuvent pas être abordés de manière satisfaisante par la seule action des Etats membres, ou que l'absence d'action communautaire peut se révéler contraire aux objectifs du Traité et enfin qu'une intervention communautaire emporte des avantages manifestes. Il semble qu'une solide volonté politique soit nécessaire afin de surmonter l'obstacle constitué par ces différents test C'est ce constat qui a fait dire en substance à un auteur que parmi les différents éléments - techniques et culturels - qui détermineront l'issue de la question de la construction du droit communautaire des contrats, le principe de subsidiarité constitue certainement le plus significatif³⁴⁷. Mais c'est sans compter sur un autre principe qui pourrait constituer un obstacle à cette construction : le principe de proportionnalité.

140. Inspiré du droit allemand, le principe de proportionnalité a été introduit dans l'ordre juridique communautaire, en tant que principe général du droit par le biais de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes³⁴⁸ ; mais c'est le Traité de Maastricht qui lui a donné sa portée générale. L'article 3B, devenu l'article 5 du Traité prévoit dans son paragraphe 3, que « l'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent Traité ». Ce principe doit être distingué du principe de subsidiarité avec lequel il continue parfois d'être confondu. Les deux principes sont animés d'une même philosophie générale, limiter l'action de la Communauté à ce qui est strictement nécessaire, mais le champ d'application de la proportionnalité est plus étendu, puisqu'il ne se limite pas aux compétences partagées, comme l'a rappelé le Conseil européen d'Edimbourg³⁴⁹. Par ailleurs, alors que le principe de subsidiarité « conditionne le déclenchement d'une action communautaire » le principe de proportionnalité « délimite son ampleur »³⁵⁰. Or, il semble que l'on puisse s'opposer à une harmonisation d'ensemble des règles générales applicables au contrat au nom de ce principe. Il semble possible de prouver qu'il existe des solutions moins contraignantes permettant de réaliser le même objectif de promotion des contrats transfrontières, comme par exemple, une harmonisation seulement partielle touchant certains types de contrats ou encore une amélioration des règles de droit international privé. Le principe de proportionnalité, à l'instar du principe de subsidiarité constitue donc un excellent argument dans les mains des adversaires d'une intégration juridique plus poussée, et seule une réelle volonté politique permettra de le dépasser.

³⁴⁷ - ANTONIOLLI DELFLORIAN (L.), The european institutional structure, legal integration and the europeanisation of private law, in : *L'eupéanisation du droit privé – Vers un Code civil européen ?*, éd. Universitaires, Fribourg, 1998, p. 37.

³⁴⁸ - CJCE, 5 octobre 1994, *Antonio Crispoltoni c. Fattorio Autonoma Tabacchi et Giuseppe Natale et Antonio Pontillo c. Donatab Srl.*, aff C-133, C-300 et C-362/93, *Rec.* p. 4863, point 41.

³⁴⁹ - A propos du troisième alinéa de l'article 3B du Traité de Maastricht, il a été affirmé : « cet alinéa s'applique à toute action de la Communauté, qu'elle relève ou non de sa compétence exclusive », *Bull. CE*, 12-1992, p. 15.

³⁵⁰ - LENAERTS (K.) VAN YPERSELE (P.), Le principe de subsidiarité et son contexte. Etude de l'article 3B du Traité CE, *CDE*, 1994, n°1-2, p. 3.

141. En attendant de connaître les orientations qui seront prises par les autorités communautaires, il convient d'envisager la solution qui pour l'heure, paraît la plus abordable : celle qui consiste en l'adoption d'une convention consacrée au droit commun des contrats et qui semble recevoir l'aval d'une grande partie de la doctrine eu égard à la flexibilité qu'offre un tel instrument. Il s'agit, par opposition à l'adoption d'un acte de droit dérivé, de faire adopter par les États membres un acte purement inter-étatique. Cette solution permet d'éviter le débat sur la validité des bases juridiques relatives au rapprochement des législations et de ménager ceux qui considèrent le droit commun des contrats comme un domaine de compétence éminemment national. L'article 293 du Traité CE (ancien article 220) prévoit la possibilité pour les États membres de négocier des conventions afin d'atteindre un objectif communautaire. Le succès des conventions déjà adoptées sur cette base est incontestable, l'évocation de la convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale³⁵¹ suffit à s'en persuader. Mais cette disposition qui possède un champ d'application restreint (protection des personnes et des droits individuels, imposition, droit des sociétés et droit judiciaire) ne peut être utilisée pour l'élaboration d'un droit communautaire des contrats³⁵². L'article 34-2 d du Traité sur l'Union européenne (ancien article K.3 c) constitue une solution plus adaptée. Rédigé dans le cadre du troisième pilier sur la coopération en matière de justice et affaires intérieures, cet article prévoit que les États peuvent adopter des conventions internationales, afin de réaliser les objectifs de l'Union. Il n'est pourtant pas certain que ce texte qui vise le domaine de la coopération judiciaire en matière civile puisse englober autre chose que des règles de procédure et de conflit de lois et servir de base à l'adoption de règles substantielles. Pour l'instant, en effet, seules les questions de procédure ont fait l'objet de négociation dans le cadre cet article. Pourtant comme l'affirme le Professeur Idot, il s'agit là encore d'un choix purement politique « et si celui-ci s'orientait vers un projet plus ambitieux, l'article K3 c [34-2 d TUE] pourrait alors fournir le fondement juridique approprié »³⁵³. Enfin pourquoi ne pas envisager la possibilité pour les États membres de conclure une convention internationale indépendamment de toute référence aux dispositions du Traité, en utilisant le droit international classique ? La convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles a été adoptée de cette manière. Cette hypothèse n'est valable que dans la mesure où il est établi que la matière envisagée relève de la compétence exclusive des États membres. S'il s'agit d'une matière pour laquelle ils ont transféré une partie de leurs compétences à la Communauté, les États ont perdu le pouvoir de signer des conventions internationales. Mais si l'hypothèse de la conclusion d'un accord international est évoquée c'est précisément parce que

³⁵¹ - Convention du 27 septembre 1968, déjà citée.

³⁵² - En ce sens : TILMANN (W.), *The legal basis for a European Civil Code*, *op. cit.*, p. 471.

³⁵³ - IDOT (L.), *Les bases communautaires d'un droit privé européen*, *op. cit.*, p. 35.

certain envisagent que le droit commun des contrats pourrait ne pas relever de la compétence communautaire...

142. Dans tous les cas l'adoption d'une convention ne se révélerait une solution efficace que si son interprétation est confiée à la Cour de Justice des Communautés européennes ou à une juridiction spécialement créée à cette fin. A défaut, le risque que les juridictions nationales interprètent les dispositions de la convention au regard de leur propre droit viendrait ruiner l'utilité d'un tel texte. Dès lors si la compétence de la Cour n'est pas envisagée par le Traité, ce qui est le cas pour les conventions conclues au titre de l'article 34 du Traité UE ³⁵⁴, il conviendrait d'accompagner le texte de protocoles attribuant cette compétence salvatrice au juge communautaire. Mais dans ce cas, le principal avantage de l'instrument que constitue la convention, la flexibilité, perdrait en partie de sa réalité. Si les institutions se fixent comme objectif de maintenir une marge de manœuvre importante pour les Etats membres, c'est aux juges nationaux qu'elles doivent confier l'interprétation et l'application des dispositions de la future convention, le principe d'une interprétation nationale ne constituant pas nécessairement la solution la moins efficace. Notons enfin, que rien n'empêche d'imaginer une modification du Traité accordant expressément à la Communauté une compétence en matière de droit des contrats, comme cela a été fait par le Traité de Maastricht en matière monétaire. Ces différentes hypothèses ne relèvent, pour l'heure, que de la prospective juridique, et il semble que l'on doive encore attendre pour qu'un choix soit clairement établi.

143. Alors que l'Europe s'est dotée d'une monnaie unique, il peut paraître étonnant de constater que le droit commun des contrats constitue un « angle mort » pour le droit positif communautaire. Pourtant c'est bien à ce constat négatif que mène inévitablement une analyse objective du droit communautaire existant. Il n'existe pas de texte communautaire régissant l'ensemble des contrats, indépendamment de la qualité des contractants. Tout au plus peut-on constater l'existence d'un « embryon » de droit commun constitué des textes les plus horizontaux adoptés au niveau communautaire, et dont le paradigme réside dans la directive sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Pour l'heure les règles d'attribution des compétences communautaires constituent des justifications solides à cet état de fait. Il semble pourtant ressortir de cette étude, que c'est essentiellement à travers la formation d'une véritable culture juridique européenne que résident les chances véritables du futur droit commun des contrats au plan communautaire.

³⁵⁴ - Ce qui est prévu par l'article 35 TUE.

CONCLUSION DU TITRE I

144. Les développements ci-dessus ont démontré la « faisabilité » d'un droit commun des contrats à l'échelle communautaire. Un modèle valable pour le droit commun des contrats existe : les principes rédigés par la Commission Lando peuvent se targuer de constituer un des points de départ valables à une action future des institutions communautaires. Cette action semble imminente, si l'on en croit les appels répétés des institutions communautaires. Dès lors, en paraphrasant René David, nous devons constater que la question aujourd'hui n'est pas de savoir si le droit commun se fera mais plutôt comment il se fera. Tout ou presque est envisageable et envisagé³⁵⁵. De la solution la plus ambitieuse, comme un « Eurocode » des contrats ou même des obligations³⁵⁶ sous forme de règlement communautaire, à la plus minimaliste (simple promotion d'une sorte de *Restatement* à l'américaine par les autorités communautaires).

145. L'idée de codification relève, selon nous, uniquement de la symbolique juridique. Pour diverses raisons tenant autant à « la force des habitudes » qu'à celle « des symboles »³⁵⁷ la codification est une entreprise fort difficile au plan interne. Sauf à opter pour une solution minimale, telle l'adoption d'un véritable Code communautaire des contrats³⁵⁸ fondé sur la méthode de la codification à droit constant, une telle entreprise paraît particulièrement difficile à mener au plan communautaire. Or, dans cette dernière hypothèse, la symbolique juridique de la codification perd une grande partie de sa valeur.

146. Les solutions réalistes ont donc notre préférence. Ainsi, l'idée d'adopter une convention qui se présenterait comme une sorte de « loi-modèle » offerte aux Etats membres et à l'ensemble des contractants présente bien des avantages : respect des diversités nationales, souplesse, tremplin pour un futur règlement, et surtout cohérence vis-à-vis des règles d'attribution des compétences. Pour cela il faudrait que les autorités communautaires reprennent le texte des Principes sous la forme d'un acte communautaire plus ou moins contraignant. Toutes les possibilités peuvent être envisagées : règlement, directive, recommandation, convention ... La solution offrant la plus grande flexibilité, aujourd'hui, est

³⁵⁵ - Par les institutions : COM (2001) 398 final, précité, et par la doctrine : CHAMBOREDON (A.), La « texture ouverte » d'un Code européen du droit des contrats, *JDI*, 1, 2001, pp. 5-46. WITZ (C.), Plaidoyer pour un code européen des obligations, *D.*, 2000, *Chron.*, p. 82.

³⁵⁶ - Selon l'expression de Claude Witz. WITZ (C.), Plaidoyer pour un code européen des obligations, *op. cit.*, p. 82.

³⁵⁷ - Voir en ce sens : CABRILLAC (R.), Recodifier, *RTDCiv*, 2001, n°4, pp. 833-846.

³⁵⁸ - On évoque par là un Code officiellement rédigé par les institutions communautaires, et non le fruit d'un travail d'éditeurs juridiques. Les différents « Code européens » déjà parus, quoique facilitant grandement l'accès au droit, n'engagent que leurs auteurs.

probablement celle de la convention entre Etats membres. Il s'agirait de transformer les principes Lando en une sorte de « loi-modèle » proposée aux Etats membres ainsi qu'aux contractants par le biais d'une convention internationale signée par les Etats membres de l'Union. Cette hypothèse représente plusieurs avantages : elle s'inscrit dans la tendance actuelle qui privilégie l'adoption d'instruments non contraignants et soutient le développement des usages et des coutumes dans les relations contractuelles. Elle permet de respecter les diversités nationales si essentielles à la construction européenne, car comme l'a affirmé un auteur : « L'Europe juridique ne sera que si elle fait siens pluralisme et complexité, qui, dès l'origine, furent inscrits dans son histoire »³⁵⁹. Pour assurer l'efficacité d'un tel choix, il conviendrait de charger un organe juridictionnel d'assurer l'application uniforme de ce texte, sans quoi il risquerait fort de ne pas être source d'harmonisation dans la pratique. Dans cette hypothèse, une application continue des règles de la convention, en dépit de leur caractère volontaire, aurait de fortes chances d'entraîner une convergence accrue des droits des contrats nationaux, laissant ainsi opérer les modes naturels d'harmonisation. Enfin, si l'idée d'une convention entre Etats membres est réellement séduisante, c'est qu'elle permet d'envisager à moyen ou long terme le glissement vers un mode plus contraignant d'harmonisation. En effet, la plupart des dispositions de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée le 27 septembre 1968³⁶⁰ ont été adoptées sous forme de règlement communautaire le 22 décembre 2000. Ce règlement remplace le texte de la Convention, pour tous les Etats membres, à l'exception du Danemark, à compter du 1^{er} mars 2002³⁶¹. On ne peut pas ne pas imaginer que les Principes Lando puissent jouir de la même méthode si le bilan de l'application de la convention se révèle positif.

147. Le réalisme oblige à remarquer que seule l'émergence d'une réelle volonté politique pourra permettre de passer outre les obstacles culturels, techniques et juridiques qui s'opposent aujourd'hui à cette construction. Le débat au sein de la doctrine française a été tardif et demeure limité, or comme aux XII et XIII^{èmes} siècles, lorsque la renaissance de l'idée de droit a débouché sur la création de la famille de droit romano-germanique, le rôle de la doctrine est capital à la fois pour le développement de la culture juridique européenne et pour l'évolution du droit. La transformation de l'embryon de règles analysées en véritable droit commun des contrats de l'Union européenne, dépend donc largement de l'intérêt que saura maintenant susciter, en France et dans les autres Etats, le thème de la construction contractuelle européenne. Or justement, si leur absence de valeur obligatoire ne les autorise pas à revendiquer pour eux-mêmes l'appellation de droit communautaire des contrats, les principes Lando peuvent servir de fondement à la (re)construction de la culture juridique européenne.

³⁵⁹ - ARNAUD (A.-J.), *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, 1991, p. 86.

³⁶⁰ - JOCE du 31/12/72, n°L-299, p. 32.

³⁶¹ - Règlement 44/2001, du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE n° L-12 du 16/01/2001, p. 1.

148. Si l'utilité pratique d'un corps de règles générales a été démontrée, il nous semble que la question de l'opportunité de la construction d'un tel *corpus juris* au plan communautaire demeure liée au développement des règles spéciales applicables aux contrats. Considérant, en outre, que la réalité d'un droit des contrats ne peut être affirmée qu'après la démonstration de l'existence de règles générales superposées à des règles spéciales, il nous faut à présent établir dans quelle mesure les institutions communautaires peuvent prétendre avoir donné naissance à un droit spécial des contrats.

TITRE II

LES INCOHÉRENCES DU DROIT SPÉCIAL

149. L'étude du droit commun des contrats nous a donc révélé la faiblesse de celui-ci par rapport aux règles spéciales réglementant les contrats, les compétences communautaires se fondant, pour l'heure, sur le développement du marché et de la concurrence. Dès lors il semble logique que les disparités des législations commerciales et consuméristes justifient plus aisément une compétence communautaire. Mais peut-on pour autant affirmer qu'il existe réellement un droit spécial des contrats en Europe ? Et si ce n'était pas le cas, quelles conclusions pourrions nous tirer sur la réalité du droit communautaire des contrats ?

150. Le droit spécial des contrats est constitué des dispositions propres à chaque contrat ou à chaque catégorie de contrats. Plus concret que le droit commun, il a une vocation pratique indéniable. En droit français, le Code civil reprend les principaux contrats nommés³⁶² par le droit romain classique qui ne connaissait pas, à l'origine, la théorie générale du contrat, et contient des dispositions concernant le contrat de vente, le contrat de louage, le contrat de prêt, de dépôt ou de mandat. Le titre précédent a montré que les dispositions du droit communautaire ne peuvent constituer un droit commun des contrats, et ne peuvent par conséquent que relever du droit spécial. Considérant cette importante production normative, il convient de se demander si les textes cités présentent une cohérence. Les différents droits spéciaux nationaux sont construits sur un modèle commun qu'ignore le droit communautaire. La question est donc de savoir si, malgré cette lacune, les règles communautaires parviennent à former un tout, un ensemble ordonné. La simple énumération des différents textes laisse déjà présager une réponse négative, conforme aux propos du professeur Huet selon lequel « l'unification du droit des contrats reste très partielle - seuls certains contrats sont visés, voire superficielle - certains textes ont un contenu normatif assez faible »³⁶³. L'étude du domaine de

³⁶² - Un contrat nommé est un contrat prévu et réglementé par la loi : vente, mandat, bail. L'expression « contrat innommé » désigne les contrats qui ne font l'objet d'aucune réglementation spéciale légale, et qui sont le fruit de l'imagination de la pratique. La distinction entre les contrats nommés et les contrats innommés est consacrée en droit interne par l'article 1107 du Code civil.

³⁶³ - HUET (J.), Les sources communautaires du droit des contrats, in : *Le renouveau des sources du droit des obligations*, Actes du colloque de Lille, Travaux de l'Association Henri Capitant, LGDJ, Paris, 1997, p. 27.

l'intervention communautaire (Chapitre 1) fera en effet ressortir une extrême parcellisation et celle des instruments (Chapitre 2) une certaine instabilité.

CHAPITRE I

LE DOMAINE DE L'INTERVENTION

COMMUNAUTAIRE

151. Le contrat étant au centre des échanges économiques, il existe énormément de textes communautaires exerçant une influence plus ou moins visible sur le droit des contrats. Pour autant toutes ces règles ne peuvent être considérées comme constituant le droit communautaire spécial des contrats et cette étude se limite aux textes ayant pour objet, direct ou indirect, de réglementer certains contrats. Mais, même en limitant ainsi la notion, l'ensemble des textes visés est assez conséquent et la seule énumération des textes d'origine communautaire, ayant une influence significative sur le droit des contrats, suffit pour se rendre compte que le domaine de ce droit est relativement incohérent. Les différents observateurs de la planète contractuelle ne manquent pas de souligner le caractère anarchique de ce corps de règles.

Ainsi, le professeur Oppetit évoque le phénomène de « sectorisation, de parcellisation, d'éclatement des disciplines qui débouche sur la formation de blocs de normes qui ne sont plus conçus comme des parties d'un tout, mais comme des ensembles (ou des sous-ensembles) autonomes sans lien les uns avec les autres »³⁶⁴. Le professeur Jamin, quant à lui, dans un article consacré au droit européen des contrats, affirme : « rien en la matière n'a été systématisé en un ensemble plus ou moins cohérent »³⁶⁵. Et même le professeur Alpa, partisan d'une intervention communautaire plus poussée en matière contractuelle ne peut que constater que « le législateur communautaire [...] n'a pas réglementé [...] des types contractuels ou des matières contractuelles avec une intention systématique, d'une façon progressive et successive »³⁶⁶. Ces critiques reposent en grande partie sur le caractère parcellaire des dispositions communautaires. A la seule lecture des intitulés des textes communautaire qui composent l'acquis communautaire en matière contractuelle, on devine que la notion de « parcelle » convient assez bien à la description des dispositions communautaires concernant les contrats spéciaux³⁶⁷. Le caractère parcellaire des dispositions communautaires convient d'être démontré en dépit, et peut-être même à cause, de son évidence. Une affirmation aussi négative mérite en effet que l'on en prouve la réalité.

152. Le rôle joué par les règles d'attribution et d'exercice des compétences communautaires dans l'absence de systématisme de l'intervention communautaire semble être incontestable. Les observateurs qui se sont intéressés à la question du droit communautaire des contrats ont forcément évoqué la question des compétences communautaires pour justifier le caractère hypothétique d'un tel droit. W. Van Gerven, ancien avocat général à la Cour de Justice des Communautés européennes constate : « En raison de l'exigence d'une base légale précise, les directives ou règlements relatifs au droit de la consommation, de la distribution [...] couvrent déjà en soi des secteurs limités du droit des contrats, et même à l'intérieur du secteur concerné (par exemple le droit de la consommation) des sujets forts spécialisés (par exemple contrats à distance en général et même plus spécialisé encore, pour services financiers) »³⁶⁸. Pourtant, aucune étude n'a eu pour objet de démontrer de manière concrète l'influence qu'exercent des principes comme celui des compétences d'attribution ou de subsidiarité sur l'intervention communautaire concernant telle ou telle catégorie de contrat. Il semble qu'une telle analyse

³⁶⁴ - OPPETIT (B.), Droit commun et droit européen, in : *L'internationalisation du droit*, in : *Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 314.

³⁶⁵ - JAMIN (C.), Un droit européen des contrats ?, in : *Le droit privé européen*, sous la dir. de DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), Economica, Paris, 1998, p. 40.

³⁶⁶ - ALPA (G.) Nouvelles frontières du droit des contrats, *RIDC*, 1998, p. 1023. Voir dans le même sens les propos du professeur Werro qui évoque « le manque de cohérence du droit privé européen » ou encore « l'approche pointilliste et fragmentaire » de celui-ci. WERRO (F.), La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne, in : *L'eupéanisation du droit privé – Vers un Code civil européen ?*, éd. Universitaires, Fribourg, 1998, p. 17.

³⁶⁷ - Une parcelle est une petite partie, un petit morceau, un fragment de quelque chose.

³⁶⁸ - VAN GERVEN (W.), Rapport introductif, in : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, sous la dir. de JAMIN (C.) MAZEAUD (D.), Economica, Paris, 2001, p. 5.

doive être menée afin de déterminer la réalité et les potentialités de développement du droit communautaire des contrats.

153. L'existence d'un droit communautaire des contrats spéciaux peut-elle être reconnue aujourd'hui ? Pourra-t-elle l'être un jour ? Telles sont les interrogations qui dominent ce chapitre. A l'heure actuelle, ce corps de règles souffre d'une extrême parcellisation (Section 1) affectant considérablement sa portée. Il conviendra donc d'analyser dans quelle mesure les règles attributives de compétences ont un rôle à jouer dans la réalité et éventuellement l'évolution de ce constat (Section 2).

SECTION 1

UNE EXTRÊME PARCELLISATION

154. A la question de savoir si, aujourd'hui, l'existence d'un droit communautaire des contrats spéciaux peut être affirmée, il semble falloir donner une réponse négative. Le fait que l'étude du droit communautaire des contrats soit le plus souvent abordée sous la forme interrogative est, en soi, révélateur. Cet *a priori* négatif est essentiellement fondé sur le constat du caractère parcellaire des dispositions qui sont censées contribuer à la constitution du droit communautaire des contrats spéciaux. Il convient d'avertir le lecteur que cette dualité rend complexe la démonstration du caractère parcellaire du droit communautaire en la matière. Autant il est aisé de présenter un corps de règles complet et cohérent, autant la présentation d'un ensemble de textes caractérisé par une certaine anarchie est un exercice difficile, qui pour cette même raison, présente toute son utilité³⁶⁹. Pour reprendre une image utilisée par le professeur Delmas-Marty, il est possible d'affirmer que notre tâche consiste en « l'assemblage d'un puzzle dont il manquerait de nombreuses pièces et dont les fragments existants seraient rangés dans des boîtes différentes »³⁷⁰. Une organisation est toutefois possible puisque, d'un côté des pans entiers du droit des contrats spéciaux sont totalement ignorés par le droit communautaire, et que d'un autre l'intervention du législateur communautaire est marquée par une très nette tendance à la spécialisation, à travers la réglementation de contrats que les droits nationaux avaient eux-mêmes laissés à la liberté contractuelle mais aussi à travers la réglementation de techniques spécifiques. La parcellisation du droit communautaire revêt donc un aspect négatif : son caractère lacunaire (§1) et un aspect positif : sa spécialisation (§2).

³⁶⁹ - Un tableau synthétique des différents textes composant l'acquis communautaire en matière de droit des contrats est présenté en annexe qui permet une appréhension globale de la question. Voir : annexe A de la thèse.

³⁷⁰ - DELMAS-MARTY (M.), Avant propos, in : *Variations autour d'un droit commun – travaux préparatoires*, Société de législation comparée, 2001, p. 9.

§1 – DES DISPOSITIONS LACUNAIRES

155. Le droit des contrats spéciaux est traditionnellement présenté comme contenant les dispositions propres à chaque contrat ou plus précisément à chaque catégorie de contrats. En droit français, c'est l'article 1107 du Code civil qui présente cette réglementation : « Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce ». Mais aucun ordre juridique ne peut prétendre réglementer l'ensemble des contrats que la liberté contractuelle permet aux parties de conclure. En effet, si le droit romain pouvait se permettre d'énumérer les différents contrats susceptibles d'être conclus, appelés les contrats « nommés », aujourd'hui une telle énumération n'est plus possible « puisque leur nombre dépend de la volonté et de l'ingéniosité de l'homme »³⁷¹. Par conséquent, seuls certains contrats sont nominativement réglementés par les droits nationaux. Ce sont les contrats que certains auteurs présentent comme les « principaux contrats spéciaux »³⁷². L'exigence de sécurité juridique a effectivement commandé la réglementation de certains contrats présentés comme les plus importants, les plus fréquemment conclus, les contrats de la vie quotidienne. La doctrine française a l'habitude d'utiliser des classifications pour présenter le régime de ces nombreux contrats. La classification la plus utilisée est celle qui se fonde sur l'objet du contrat. C'est ainsi que sont soumis à une réglementation propre les contrats ayant pour objet de transférer la propriété d'un bien, au titre desquels figurent principalement le contrat de vente (article 1582 et suivants du Code civil), mais aussi l'échange (article 1702 et suivants). Font aussi l'objet d'une réglementation spécifique les contrats ayant pour objet d'emporter le transfert de jouissance d'une chose comme le contrat de bail (article 1709 et suivants) ou de prêt (1874 et suivants) ou encore de crédit-bail. Sont aussi réglementés les contrats portant sur des services, comme par exemple le contrat de mandat (articles 1984 et suivants), de dépôt (article 1915 et suivants) ou encore le contrat d'entreprise (article 1779 et suivants).

156. Il n'est pas possible de trouver dans le droit positif d'origine communautaire des règles analogues aux dispositions du Code civil français relatives aux différents contrats spéciaux. Les principaux contrats usuels ne sont pas réglementés par le droit communautaire et, s'ils le sont, ce n'est toujours que partiellement. L'intervention communautaire peut être qualifiée de lacunaire.

³⁷¹ - CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, Tome II, vol. 1, *Obligations - Théorie générale*, Montchrestien, Paris, 1998, p. 55.

³⁷² - HUET (J.), *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, sous la dir. de GHESTIN (J.), LGDJ, Paris, 2001, 1697 p.

157. Les contrats que l'on peut qualifier de « résidentiels »³⁷³ ont été ignorés par les autorités européennes. Le contrat de bail peut être défini comme un contrat par lequel une partie (le bailleur) s'engage moyennant un prix (loyer) que l'autre partie s'oblige à lui payer, à procurer à celle-ci, pendant un certain temps, la jouissance d'une chose mobilière ou immobilière³⁷⁴. C'est un contrat d'application quotidienne qui constitue, sans aucun doute, l'un des contrats les plus vivants. Pourtant qu'il soit à usage d'habitation ou commercial, il ne fait l'objet d'aucun texte communautaire et ce probablement à cause de sa nature résidentielle, qui est censée exclure tout élément d'extranéité, mais probablement aussi en raison de son importance qui oblige les parties à une certaine prudence.

158. Le plus général des contrats spéciaux, la vente, ne fait pas, non plus, l'objet d'un texte communautaire spécifique. Ce contrat translatif de la propriété qui est défini en droit français comme la convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer, n'est l'objet d'aucun texte communautaire de nature générale. Concernant l'un des points essentiels du droit de la vente, la garantie du vendeur commercial pour les vices de la chose vendue, la Cour de Justice des Communautés européennes a d'ailleurs affirmé, dans un arrêt déjà cité³⁷⁵, que le fait qu'il existe de fortes disparités dans les droits nationaux n'est pas contraire aux règles du droit communautaire. Il s'agit pourtant du plus usité des contrats, à tel point qu'il n'est bien souvent pas perçu comme tel³⁷⁶. L'ordre international a reconnu la nécessité de réglementer la vente à cause de son importance quantitative et de l'aspect mercantile qu'il contient nécessairement. C'est ainsi qu'à côté des règles de conflits, a été adoptée, sous l'égide des Nations Unies, la Convention de Vienne sur le contrat de vente internationale de marchandises³⁷⁷ qui établit des règles uniformes pour les ventes internationales de marchandises. Certes, la vente de marchandises pour un usage personnel, familial ou domestique est exclue du champ d'application, mais le texte a tout de même le mérite d'éliminer une grande partie des problèmes liés à la diversité des solutions nationales relatives au contrat de vente. Quant au droit français, il place la vente en tête des contrats qu'il régit en lui consacrant les articles 1582 et suivants du Code civil. Il semble qu'une harmonisation du même type serait particulièrement utile dans un ordre juridique aussi intégré que l'est l'ordre communautaire. Or la seule réglementation communautaire visant le contrat de vente, est extrêmement ponctuelle. Les autorités européennes ont adopté la directive

³⁷³ - HUET (J.), Les sources communautaires du droit des contrats, *PA*, 21/03/1997, n°35.

³⁷⁴ - CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2001, p. 897. L'article 1709 du Code civil définit le bail comme un « contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer ».

³⁷⁵ - CJCE, 24 janvier 1991, *Alsthom Atlantique c/ Sulzer*; aff C-339/89, *Rec.* p. 107, attendu n° 15. Pour plus de détails sur cette jurisprudence voir *supra* : §132.

³⁷⁶ - C'est ce que constate le doyen Carbonnier dans un développement consacré à la sociologie de la vente. Il affirme notamment : « la fréquence contractuelle de la vente n'est tolérable qu'à condition que la plupart de ces contrats glissent sans laisser de trace à la surface de la conscience juridique ». CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, 1988, LGDJ, Paris, p. 298.

³⁷⁷ - Convention des Nations Unies, du 11 avril 1980, publiée au *JORF*, 27/12/1987 et reproduite au *JDI*, 1988, pp. 557-585.

1999/44 dont l'intitulé, lui-même, est révélateur puisqu'il s'agit d'une directive portant sur « certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation »³⁷⁸. Le champ d'application de la directive est relativement restreint. L'aspect *ratione materiae* est pourtant large, puisque la définition de la notion de biens de consommation recouvre tout bien mobilier corporel à l'exception de l'eau et du gaz lorsque fournis par réseau, de l'électricité, et de tout bien vendu sur saisie ou d'une autre manière par une quelconque autorité de justice³⁷⁹. Mais la directive ne s'applique qu'aux ventes faites par un vendeur dans le cadre de son activité professionnelle à une personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle³⁸⁰. Les notions de consommateur et de professionnel restreignent donc assez sévèrement le champ d'application *ratione personae* du texte. Par ailleurs, les dispositions matérielles de la directive ne concernent que quelques aspects déterminés du contrat de vente : la notion de défaut de conformité³⁸¹, les droits du consommateur dans le cas où un tel défaut apparaîtrait³⁸² et le principe de l'action récursoire au bénéfice du vendeur vis-à-vis d'un vendeur antérieur ou du producteur du bien³⁸³. De telles prescriptions ne peuvent en aucun cas se comparer au droit applicable au contrat de vente dans les différents États membres. Une réglementation du contrat de vente comprend, au minimum, des dispositions relatives aux avants-contrats de vente, à la détermination de la chose et du prix, à la question du transfert de propriété et du transfert des risques. L'intervention communautaire s'est donc limitée à la question de l'obligation de garantie du vendeur contre les vices inhérents à la chose vendue. Quant à l'obligation de sécurité qui incombe au vendeur, l'intervention du législateur communautaire résulte d'une autre directive qu'il convient d'évoquer.

159. La directive 85/374 fixe des règles communes en matière de responsabilité en cas de dommage causé à des personnes par des produits défectueux³⁸⁴. Si un lien peut être établi entre la réglementation du contrat de vente et cette obligation de sécurité, il mérite d'être relativisé. Tout d'abord, partant de l'idée que « seule la responsabilité sans faute du producteur permet de résoudre de façon adéquate le problème, propre à notre époque de technicité croissante, d'une attribution juste des risques inhérents à la production technique moderne », les rédacteurs de la directive ont fait reposer l'obligation de sécurité non pas sur le vendeur mais sur le producteur ou éventuellement l'importateur de la chose vendue. Les vendeurs successifs ne sont donc tenus que dans la mesure où le producteur ou l'importateur ne sont pas identifiés³⁸⁵. En conséquence la responsabilité prévue relève d'un régime unique, ne pouvant

³⁷⁸ - Directive 1999/44, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *JOCE*, du 07/07/99, n° L-171 pp. 12-16.

³⁷⁹ - *Ibid.*, article 1§2, point *b*.

³⁸⁰ - *Ibid.*, article 1§2, points *a* et *c*.

³⁸¹ - *Ibid.* article 2.

³⁸² - *Ibid.* article 3

³⁸³ - Article 4 de la directive précitée.

³⁸⁴ - Directive 85/374, du 25 juillet 1985, concernant la responsabilité du fait des produits défectueux, *JOCE* du 07/08/1985, n° L-210, pp. 29-33.

³⁸⁵ - *Ibid.*, article 3.

relever, ni de la responsabilité contractuelle, ni de la responsabilité délictuelle. Il n'est donc pas possible de considérer ce texte comme un texte régissant même partiellement le contrat de vente. Il convient pourtant de préciser que lors de la présentation de la proposition de directive concernant la responsabilité du fait des produits défectueux³⁸⁶, la Commission avait longuement fait allusion à la réglementation du contrat de vente et plus généralement au droit commun des contrats, ce à quoi le Comité économique et social a répondu qu'il fallait « présenter rapidement une proposition de directive sur la garantie et le service après-vente »³⁸⁷. Il en résulte que concernant le contrat de vente, seule la question de la garantie est directement visée par le droit communautaire.

160. A côté de ces « géants », figurent les contrats que le Code civil français avait placés sous les titres X à XV de son livre troisième et que l'on a pris l'habitude de nommer les « petits contrats », parce qu'ils ne sont pas parvenus à prendre autant d'importance que le contrat de vente ou de louage dans l'esprit des juristes confirmés ou étudiants³⁸⁸. Ces petits contrats sont souvent des contrats de la vie quotidienne : prêt, dépôt, mandat... Ceux-là ne font pas l'objet de l'intervention communautaire.

161. Le contrat de prêt, tout d'abord, ne fait pas, de façon générale, l'objet d'un texte d'origine européenne. Ce « contrat de tous les jours, de tous les temps et de tous les mondes »³⁸⁹ revêt une certaine dualité. Si tous les contrats de prêt reposent sur le même principe, une des parties « emprunteur » reçoit, de l'autre « prêteur », une chose dont elle aura le droit de se servir, mais qu'elle devra restituer ; il existe en réalité deux types de prêt. C'est cette dualité qui amène certains à définir le prêt comme « une convention générique dont le prêt à usage et le prêt de consommation sont les deux espèces »³⁹⁰. Il faut distinguer le prêt de consommation ou *mutuum* qui porte sur une chose dont on ne peut se servir sans la consommer et le prêt à usage ou *commodat* qui a pour objet une chose dont on peut se servir sans la détruire. Le droit communautaire ne s'intéresse au prêt ni dans sa généralité, ni en fonction de cette distinction. Mais le législateur communautaire est intervenu pour réglementer une catégorie déterminée de contrat de prêt à la consommation. Il s'agit du prêt d'argent avec intérêt. Interdit en France jusqu'à la Révolution française, le prêt à intérêt a acquis une place prépondérante dans la société contemporaine. Les dangers inhérents à la pratique du crédit sont décuplés par l'existence de règles différentes selon les États membres. La directive 87/102 concernant le crédit à la consommation³⁹¹, modifiée par la directive 90/88³⁹² puis par

³⁸⁶ - COM (76) 372 final du 23 juillet 1976, *JOCE* du 14 octobre 1976, n° C-241, p. 9.

³⁸⁷ - Avis du CES sur la proposition de la Commission, *JOCE* du 7 mai 1979, n° C-114, point 2.8.1.

³⁸⁸ - Voir sur ce point : CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd, 2001, pp. 339-344.

³⁸⁹ - CORNU (G.), *Droit civil, Les contrats*, Paris, Les cours de droit, 1972-1973, p. 464.

³⁹⁰ - Faisant ainsi ressortir la différence oubliée entre les notions de convention et de contrat : CORNU (G.), *vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 667.

³⁹¹ - Directive 87/102, du 22 décembre 1986, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, *JOCE* du 12/12/1987, n° L-42, pp. 48-53.

la directive 98/7³⁹³, est intervenue pour assurer la protection du preneur de crédit. Mais le droit communautaire ne protège que le seul emprunteur consommateur et ne vise donc pas le contrat de crédit dans sa généralité.

Par ailleurs, les textes ne visent pas les contrats de crédit portant sur des immeubles. Ce que l'on a pris l'habitude de nommer « crédit hypothécaire », mais qui en fait n'est qu'un crédit destiné à permettre l'acquisition ou la rénovation d'un immeuble et qui accordé sous la garantie d'une hypothèque sur les biens visés, est expressément exclus du champ d'application de la directive relative au crédit à la consommation. *A priori*, cette abstention du législateur communautaire semble assez logique : il s'agit d'un domaine qui n'a pas, par nature, une vocation transfrontière et qui, par ailleurs, est marqué par une forte tradition juridique. Il faut cependant remarquer que le nombre des crédits hypothécaires transfrontaliers a sensiblement augmenté ces dernières années³⁹⁴. C'est pourquoi, les autorités communautaires ont envisagé l'adoption d'une directive concernant le « crédit hypothécaire ». Si les trop grandes disparités nationales, expliquent en partie que ce projet n'ait toujours pas abouti, il est légitime de se demander s'il existe aujourd'hui une réelle volonté politique d'harmoniser cet aspect du contrat de prêt³⁹⁵. Le contrat de prêt ne fait donc pas l'objet d'un texte communautaire, et seul l'un de ses aspects a donné lieu à l'intervention du législateur communautaire³⁹⁶.

162. Les autres « petits » contrats de la vie courante sont aussi ignorés par le droit communautaire. Ainsi, le contrat d'échange qui est défini comme le contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre³⁹⁷, tout comme le contrat de dépôt, par lequel une personne, le dépositaire, reçoit la chose, mobilière ou immobilière que lui confie le déposant, en acceptant la charge de la garder et de la restituer en nature³⁹⁸ ne font l'objet d'aucun texte d'origine communautaire. Ces « petits » contrats font partie de la vie quotidienne de tous les ressortissants communautaires, mais ils ne présentent pas une importance financière significative. Du latin *mandare* qui signifie charger de, envoyer, lancer, le contrat de mandat est contrat par lequel le mandant confère à une personne (le mandataire) qui en accepte la charge, le pouvoir et la mission d'accomplir, pour elle et en son nom, un acte juridique³⁹⁹. La réalité du contrat de mandat est multiple, c'est « le contrat aux mille visages »⁴⁰⁰. Le modèle classique du mandat était conçu par le Code civil comme un contrat de bienfaisance et de confiance, gratuit et conclu dans l'unique intérêt du mandant.

³⁹² - Directive 90/88, du 22 février 1990, *JOCE* du 10/03/1990, n° L-61, pp. 14-17.

³⁹³ - Directive 98/7, du 16 février 1998, *JOCE* 16/02/1998, n° L-101, pp. 17-21.

³⁹⁴ - FOEX (B.), L'eurohypothèque, in : *L'eupéanisation du droit privé – Vers un Code civil européen ?*, sous la dir. de WERRO (F.), éd. Universitaires, Fribourg, 1998, p. 481.

³⁹⁵ - *Ibid.*, p. 482.

³⁹⁶ - Il faut toutefois signaler l'adoption d'une recommandation de la Commission relative à l'information pré-contractuelle dans les contrats de « prêt au logement » passés avec un consommateur : recommandation du 1^{er} mars 2001, C(2001) 477, 2001/193/CE.

³⁹⁷ - CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op.cit., p. 317.

³⁹⁸ - *Ibid.*, p. 278.

³⁹⁹ - CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 535.

⁴⁰⁰ - COLLART DUTILLEUL (F.) DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, p. 475.

Aujourd'hui le mandat salarié s'est tellement répandu que le mandat gratuit fait figure d'exception. Or le droit communautaire n'est intervenu que pour régir une catégorie très spécifique de contrat de mandat : le contrat d'agence commerciale. Tous les autres contrats de mandat, et ils sont nombreux, demeurent totalement soumis au droit national.

163. Il ressort clairement de cette description rapide que l'acquis communautaire en matière contractuelle ne peut en aucun cas être comparé au contenu des différents droits nationaux du contrat. Les principaux contrats spéciaux que connaît le droit français ne sont absolument pas visés par les textes communautaires ou alors seulement dans leurs aspects les plus spécifiques. Le caractère parcellaire de cette législation est régulièrement dénoncé par la doctrine comme constituant le défaut majeur de l'intervention communautaire. Certains emploient des expressions particulièrement fortes pour décrire ce phénomène, on pense par exemple à cet auteur qui évoque le « processus d'atomisation des règles »⁴⁰¹. Les espaces libres laissés par les textes d'origine communautaire sont perçus comme autant de points faibles du droit communautaire des contrats. Il faut pourtant garder à l'esprit que cette parcellisation de l'action communautaire est tout à fait conforme aux principes qui régissent l'attribution des compétences entre États membres et Communauté et que, par ailleurs, les auteurs qui formulent ce type de critiques seraient aussi très certainement opposés à une intervention plus systématique du législateur communautaire.

§2 – Des dispositions ultra spécialisées

164. Le caractère spécialisé du droit communautaire des contrats est aussi flagrant que son caractère lacunaire. L'intervention des autorités européennes porte sur des contrats que l'on peut qualifier de contrats « très spéciaux »⁴⁰² puisqu'il s'agit, le plus souvent, non pas des principaux contrats spéciaux faisant habituellement l'objet des dispositions nationales, mais de contrats longtemps ignorés par ces derniers. Par ailleurs, cette intervention revêt en elle-même un caractère spécial : à quelques exceptions près, les contrats visés sont rarement réglementés de façon générale mais sont le plus souvent abordés sous un angle spécifique. Quelquefois même aucun contrat n'est particulièrement visé et seules sont en cause des techniques contractuelles spécifiques, des clauses ou aspects déterminées desdits contrats. Il est donc possible d'affirmer qu'il s'agit donc d'un « droit très spécial » (I) « des contrats très spéciaux » (II).

⁴⁰¹ - BERNARDEAU (L.), Le droit de rétractation du consommateur un pas vers une doctrine d'ensemble, *JCP*, 5 avril 2000, I, 218, n° 2.

⁴⁰² - Selon une expression utilisée par les professeurs COLLART-DUTILLEUL (F.) DELEBECQUE (P.), *Contrats civil et commerciaux*, *op. cit.*, p. 5.

I – UN DROIT DES CONTRATS « TRES SPECIAUX »

165. Ne font l'objet de textes spécifiques, au plan européen, que les contrats qui « intéressent » le marché communautaire. Or ces contrats ne sont pas forcément les mêmes que ceux qui sont visés par les droits nationaux. Il s'agit en fait de la contrepartie logique à la non-intervention communautaire dans le domaine des contrats les plus usuels. Ces contrats « très spéciaux » sont d'une part des contrats de tourisme (A) et d'autre part des contrats commerciaux entre entreprises (B).

A - L'intervention communautaire en matière de contrats de « tourisme »

166. Les contrats dits « de tourisme », longtemps laissés à la liberté contractuelle, se trouvent aujourd'hui soumis à un formalisme de plus en plus strict⁴⁰³. Considérant le secteur touristique comme un élément essentiel de l'achèvement du marché intérieur, le droit communautaire a joué un rôle important dans cette évolution en élaborant la réglementation applicable à deux types de contrats. Le droit communautaire, par le biais de la directive 90/314⁴⁰⁴, a fait apparaître une nouvelle catégorie de contrat qui était inconnue pour certains États membres⁴⁰⁵ dont l'Etat français : le contrat de voyages, vacances et circuits à forfait. En effet, alors que dans la pratique la conclusion de cette catégorie de contrats se développait, la législation française ne comportait aucune définition légale du contrat de voyage à forfait⁴⁰⁶. En conséquence celui-ci était soumis aux règles du droit commun des contrats. Le contrat était aussi partiellement réglementé par un arrêté⁴⁰⁷ qui englobait également l'ensemble des contrats conclus par les agences de voyages. En établissant une définition précise du contrat de voyage et vacances à forfait⁴⁰⁸, la directive communautaire a donc contribué à la création d'un nouveau contrat nommé dans le droit français⁴⁰⁹ et ce faisant a permis de trancher la controverse existant concernant la nature juridique de ce contrat⁴¹⁰.

⁴⁰³ - BOULANGER (F.), *Tourisme et loisirs dans les droits privés européens*, Economica, Paris, 1996, p. 26.

⁴⁰⁴ - Directive du 13 juin 1990, *JOCE* du 23/06/90, n° L-158 pp. 59-64. Voir : annexe B de la thèse.

⁴⁰⁵ - Avant l'adoption de la directive, seules l'Allemagne et la Belgique étaient dotées de réglementations applicables aux contrats de tourisme.

⁴⁰⁶ - GAVALDA (C.) SELNET (G.), Agences de voyages, *Répertoire communautaire*, Dalloz, vol. 1, n°12. PY (P.), *Droit du tourisme*, Dalloz, 1996, 4^{ème} éd., n° 205. OKTAY (S.), La dénationalisation dans le domaine du contrat de voyage, in : *L'eupéanisation du droit privé – Vers un Code civil européen ?*, sous la dir. de WERRO (F.), éd. Universitaires, Fribourg, p. 315.

⁴⁰⁷ - Arrêté du 14 juin 1982, relatif à « la vente de prestation de séjour ou de voyage » pris en application de la loi 75-627 du 11/07/1975, *JORF* du 13/07/1975 et du décret n° 77-363 du 28/03/1977, *JORF* du 17/06/1977.

⁴⁰⁸ - Article 2 de la directive 90/314 : le forfait désigne la combinaison préalable du transport, du logement et d'autres services touristiques non accessoires au transport ou au logement et représentant une part significative dans le forfait, à condition que cette combinaison soit vendue ou offerte à la vente à un prix tout compris et que la prestation dépasse vingt-quatre heures ou inclut une nuitée. Pour plus de détails sur les éléments composant cette définition, voir : §380 et s.

⁴⁰⁹ - La transposition de la directive a été opérée par la loi du 13 juillet 1992, *JORF* du 14/07/92, p. 9457.

⁴¹⁰ - La doctrine française était divisée sur la question de savoir s'il s'agissait d'un contrat de vente ou d'un contrat d'entreprise. Sur cette controverse voir : PY (P.), *Droit du tourisme*, op. cit., n° 205 en faveur de la qualification de contrat de vente et contra : BOULANGER (F.), *Tourisme et loisirs dans les droits privés*

167. Toujours parmi les contrats dits de « tourisme », un second contrat « très spécial » est réglementé par le droit communautaire. La directive 94/47 concernant « la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers »⁴¹¹ régit le contrat d'utilisation à temps partiel d'un bien immobilier, plus connu sous le nom de multipropriété ou de *timeshare*. Ce contrat, défini par l'article 2 du texte comme un contrat par lequel est créé ou transféré un droit réel ou tout autre droit portant sur l'utilisation d'un ou de plusieurs biens immobiliers pendant une période déterminée ou déterminable de l'année, faisait l'objet de dispositions fort disparates dans les droits nationaux. Si c'est en raison de leur caractère éminemment transfrontière que le droit communautaire a renforcé le formalisme informatif et réglementé le contenu matériel de ces deux contrats issus de la pratique commerciale, il en va différemment pour la réglementation de ces autres contrats « très spéciaux » que constituent les contrats entre entreprises.

B - L'intervention communautaire en matière de contrats entre entreprises

168. Sans compter les accords de concentration ou de fusion d'entreprises dont le principe même peut être mis en cause par les institutions communautaires, sur le fondement du règlement 4064/89⁴¹², deux grandes catégories de contrats entre entreprises font l'objet de l'intervention communautaire : les contrats de distribution, c'est-à-dire ceux qui unissent un fournisseur et un ou plusieurs distributeurs, et les contrats de coopération entre entreprises, c'est-à-dire ceux conclus dans la filière de production. C'est par le biais de règlements d'exemption par catégories adoptés par la Commission européenne que ces contrats ont été placés sous l'emprise du droit communautaire. La tendance en cette matière a évolué : à l'hyper spécialisation de l'ancienne formule (1) est en train de se substituer une approche plus généraliste témoignant d'une volonté de simplification (2). L'intervention communautaire aura quand même révélé à la vie juridique des contrats ignorés des droits nationaux.

1 - L'ultra spécialisation des règlements d'exemption « ancienne formule »

169. Les contrats de distribution sont des contrats par lesquels un fournisseur organise, sous son contrôle, la revente de ses produits par l'intermédiaire de distributeur indépendants spécialisés. Parmi ces contrats figure le contrat de distribution exclusive qui fait l'objet du règlement 1983/83⁴¹³, alors que le règlement 1984/83 concerne les accords d'achat

européens, op. cit., n° 16.

⁴¹¹ - Directive du 26 octobre 1994, *JOCE* du 29/10/94, n° L-280 p. 83-87. Voir : annexe B de la thèse.

⁴¹² - Règlement 4064/89, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* du 30/12/1989 n° L-395 pp. 1-12. Modifié par le règlement 1310/97 du 30 juin 1997, *JOCE* du 9/07/1997, n° L-180, pp. 1-6.

⁴¹³ - Règlement 1983/83, du 22 juin 1983, *JOCE*, du 30/06/1983, n° L-173, pp. 1-5.

exclusif⁴¹⁴. C'est dans cette dernière catégorie que s'illustre probablement le mieux le caractère hyper spécialisé du droit communautaire des contrats. En raison des spécificités de leurs modes de distribution respectifs, certains produits font l'objet de dispositions particulières du règlement 1984/83 : il s'agit, d'une part, de la bière et de certaines autres boissons et, d'autre part, des hydrocarbures. Le texte prévoit donc des règles adaptées à l'intention de deux types d'accords très spéciaux qui entrent dans la catégorie des contrats d'assistance et de fourniture : les accords de fourniture de bière et les accords dits de « stations-services ». L'accord de fourniture de bière est défini comme celui par lequel un distributeur est tenu à n'acheter à son fournisseur, dans le but de la revente dans un débit de boissons, certaines bières ou certaines boissons spécifiques en contrepartie d'avantages économiques ou financiers⁴¹⁵. Une définition équivalente est donnée pour les accords portant sur certains carburants pour véhicules à moteur à base de produits pétroliers et autres combustibles à base de produits pétroliers⁴¹⁶. Ces deux types d'accords se voient reconnaître une certaine spécificité par le biais du droit communautaire alors que les droits nationaux ne leur réservaient ni une définition ni un régime particulier⁴¹⁷.

170. Le contrat de franchise est lui aussi un contrat de distribution. La franchise est une pratique commerciale, née aux États-Unis après la Seconde Guerre mondiale, qui s'est généralisée en Europe à partir de 1970. Schématiquement, le contrat de franchise est caractérisé par : une image commune notoire, un savoir-faire pertinent et une assistance technique ou commerciale accompagnant ce savoir faire⁴¹⁸. Dès lors, le contrat de franchise est la convention « visant à organiser l'accès des franchisés aux informations concernant les éléments de réussite commerciale du franchiseur, et la mise en œuvre de ces éléments par les franchisés soumis corrélativement à un certain nombre d'obligations de paiement, d'information, de confidentialité, de non-concurrence... »⁴¹⁹. Les réseaux de franchise se sont répandus sur l'ensemble du territoire communautaire et réalisent un chiffre d'affaire imposant, et malgré cela, il n'existait, avant l'intervention communautaire, aucun dispositif légal spécifique à la franchise. Aucun des États membres n'avait édicté de réglementation du contrat de franchise, et les relations franchiseur-franchisé ne disposaient donc d'aucun cadre légal⁴²⁰. Il existait bien un Code européen de la franchise élaboré par la Fédération européenne de la

⁴¹⁴ - Règlement 1984/84, du 22 juin 1983, *JOCE*, du 30/06/1983, n° L-173, pp. 5-11

⁴¹⁵ - *Ibid*, article 6-1.

⁴¹⁶ - *Ibid*, article 10.

⁴¹⁷ - Encore aujourd'hui aucun texte français ne donne de définition juridique de ces deux types de contrats.

⁴¹⁸ - La définition anglo-saxonne est de ce point de vue très significative. Selon l'US *Department of commerce* : « business format franchising is characterised by an ongoing business relationship between franchisor and franchisee that includes not only the product, services and trademark, but the entire business format itself - a marketing strategy and plan, operating manuals and standards, quality control, and continued two-way communications ».

⁴¹⁹ - FERRIER (D.), Franchise, *Répertoire communautaire*, Dalloz, vol. 2, p. 2.

⁴²⁰ - Dans ce sens, voir : FERRIER (D.), Franchise, *op. cit.*, pp. 2 et 3. DUBOIS (J.), La mise en place du règlement franchise, *JCP, supp. Cahiers du dr. de l'ent.*, 1989, n°21, p.5.

franchise et inspiré par le droit américain ⁴²¹, mais ce texte était dépourvu de toute force obligatoire. Dès lors, les différents États membres appliquaient tour à tour les règles du droit civil, du droit commercial ou même du droit du travail pour régler les litiges nés d'un contrat de franchise. C'est la CJCE, dans son arrêt *Pronuptia* le 28 janvier 1986 ⁴²², qui a ébauché la réglementation de ce contrat. Pronuptia est une entreprise qui vend des robes et accessoires de mariée et qui a conclu plusieurs contrats de franchise. En 1984, Madame Irmgard Schillgallis, franchisee exclusive de Pronuptia pour certaines zones allemandes refuse de payer des arriérés de redevances. A l'encontre de l'action intentée par Pronuptia, la franchisee soutient que le contrat est nul en vertu de l'article 85-1 du Traité (actuel article 81). La juridiction allemande pose deux questions à la Cour de justice : l'article 85 est-il applicable aux contrats de franchise, et le cas échéant, le règlement d'exemption relatif aux contrats de distribution exclusive est-il applicable à ces contrats ? La Cour a commencé par affirmer la spécificité du contrat de franchise en donnant une ébauche de ce qui deviendra la définition communautaire du contrat de franchise. Le point 15 de l'arrêt est ainsi rédigé : « dans un système de franchise de distribution [...] une entreprise qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales accorde, moyennant rémunération à des commerçants indépendants, la possibilité de s'établir dans d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès ». La première définition officielle du contrat est donnée conférant à celui-ci sa particularité. Celle-ci sera confirmée avec l'adoption du règlement 4087/88 ⁴²³. Mais la Cour va plus loin dans la reconnaissance de la spécificité du contrat de franchise puisqu'elle en différencie trois sortes. La franchise de distribution tout d'abord, dans laquelle le franchisee s'engage à vendre les produits fabriqués ou distribués par le franchiseur dans le cadre d'un magasin portant le nom de ce dernier ⁴²⁴. La franchise de services, ensuite, dans laquelle le franchisee offre un service à sa clientèle sous l'enseigne ou le nom de son franchiseur et en se soumettant aux conseils de celui-ci ⁴²⁵. Enfin la franchise de production ou franchise industrielle, dans laquelle le franchisee fabrique lui-même ses produits conformément aux indications du franchiseur puis les vend sous la marque de celui-ci ⁴²⁶.

171. L'intervention communautaire en matière d'accords horizontaux n'échappe pas à la spécialisation. Au contraire, alors que le droit français les assimilait à des catégories existantes de contrats nommés, la spécificité de ces contrats a été consacrée par le droit communautaire. L'exemple du contrat de recherche et développement est significatif. C'est dans une

⁴²¹ - *OPOCE*, n° CB-32-81-495-5 A-C.

⁴²² - CJCE, 28 janvier 1986, *Pronuptia de Paris GbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, aff 161/84, *Rec.* p. 353.

⁴²³ - Règlement 4087/88, du 30 novembre 1988, *JOCE*, 1988, n° L-359 pp. 46-52.

⁴²⁴ - Exemples : les magasins Pronuptia ou Yves Rocher.

⁴²⁵ - Plusieurs secteurs ont vu cette pratique se développer, dont l'hôtellerie, avec les franchises Holiday Inn ou Hilton, la location de voitures, avec les marques Hertz, Avis ou Budget ou encore la coiffure, avec par exemple les salons J. Dessange.

⁴²⁶ - La pratique est moins répandue mais il est possible d'en citer un exemple célèbre : la marque Coca Cola.

communication de 1968 que la Commission a, pour la première fois, évoqué ce type de contrat dont la particularité a ensuite été consacrée par le biais du règlement d'exemption 418/85⁴²⁷. Selon ce texte, les contrats de recherche et développement sont des contrats « qui ont pour objet la recherche et le développement de produits ou procédés jusqu'au stade de l'application industrielle, ainsi que l'exploitation des résultats, y compris les dispositions relatives au droit de propriété industrielle et à la connaissance technique non divulguée ». Le droit français, quant à lui, considère ce contrat comme une variété de contrat d'entreprise et ne lui applique donc pas des dispositions propres⁴²⁸. La même remarque peut être faite pour les règlements de spécialisation soumis au droit communautaire par l'intermédiaire du règlement 417/85⁴²⁹. Il en va pareillement des contrats de transfert de technologies. Le droit français sans pour autant leur appliquer les dispositions de droit commun⁴³⁰, ne donnait pas de définition des contrats de licence de brevet et de savoir-faire. Ces deux contrats ont reçu une définition juridique par le biais, au départ de deux règlements d'exemption distincts⁴³¹, puis du seul règlement 240/96⁴³² applicable aux contrats de transfert de technologie. Ces contrats sont définis comme ceux par lesquels une entreprise titulaire d'un brevet ou d'un savoir-faire (donneur d'ordre) autorise une autre entreprise (licencié) à exploiter les brevets concédés ou lui communique son savoir-faire en vue notamment de la fabrication, de l'utilisation et de la mise en œuvre dans le commerce⁴³³. Dès lors et malgré l'unification opérée des règles applicables aux contrats de licence de brevet et de savoir-faire, on ne peut que constater l'hyper spécialisation du droit communautaire qui appréhende un nombre croissant de contrats créés par la pratique commerciale.

172. Il serait encore possible de souligner, en matière d'accords horizontaux, les règlements d'exemption relatifs aux accords de spécialisation ou de sous-traitance, mais l'ultra-spécialisation de l'intervention communautaire reçoit une illustration encore plus marquée dans un autre domaine. Alors que tous les autres règlements d'exemption sont multisectoriels,

⁴²⁷ - Règlement 418/85 du 19 décembre 1984, concernant l'application de l'article 85§3 du Traité à des catégories d'accords de recherche et développement, *JOCE* du 22/02/85 n° L-53 p. 5. Modifié par le règlement 151/93, du 23 décembre 1992, *JOCE* du 29/01/1993, n° L-21, pp. 8-11.

⁴²⁸ - CHAVANNE (A.) BURST (J.-J.), *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris, 1998, n° 135. POILLOT-PERUZZETTO (S.), LUBY (M.), *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Dalloz, Paris, 1998, n° 1769.

⁴²⁹ - Règlement 417/85 concernant l'application de l'article 85§3 à des catégories d'accords de spécialisation, du 19 décembre 1984, *JOCE* du 22/02/85 n° L-53 p. 1. Modifié par le règlement 151/93, du 23 décembre 1992, *JOCE* du 29/01/1993, n° L-21, pp. 8-11.

⁴³⁰ - Des règles du droit des contrats d'entreprises, du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle leur sont en effet applicables.

⁴³¹ - Le règlement 2349/84 du 23 juillet 1984 concernait les accords de licence de brevet, *JOCE* du 16/08/84, n° L-219, pp. 15-24. Le règlement 556/89 du 30 novembre 1988 les accords de licence de savoir-faire, *JOCE* du 4/03/89 n° L-61 p. 1-13. Modifié par le règlement 151/93 du 23 décembre 1992, *JOCE* du 29/01/93 n° L-21 pp. 8-11.

⁴³² - Règlement 240/96 concernant l'application de l'article 85§3 du Traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, du 31 janvier 1996, *JOCE* du 9/02/96, n° L-31 pp. 2-13.

⁴³³ - Considérant n° 5 du règlement 240/96 déjà cité.

le règlement 1475/95⁴³⁴, qui remplace le règlement 123/85⁴³⁵, vise exclusivement les accords de distribution intervenant dans un domaine déterminé : la distribution de véhicules automobiles. Une nouvelle catégorie d'accords, celle des accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles se trouve appréhendé par le droit communautaire. Ce type de contrat est défini comme celui par lequel « une partie s'engage vis-à-vis de l'autre à ne livrer, à l'intérieur du marché commun, qu'à celle-ci ou bien qu'à celle-ci et à un nombre déterminé d'entreprises du réseau de distribution dans le but de la revente des véhicules automobiles neufs [...] et, en liaison avec ceux-ci, leurs pièces de rechange »⁴³⁶. Un contrat aussi spécifique que celui-ci n'avait bien sûr jamais fait l'objet d'une législation ou d'une jurisprudence propre en droit français, malgré son importance capitale dans la pratique commerciale. Le droit communautaire est donc encore une fois intervenu pour réglementer une catégorie de contrats née de la pratique commerciale et ignorée des ordres juridiques nationaux. Mais ici, non content de concerner une catégorie générique de contrats (distribution, coopération) ou encore une sous-catégorie (distribution exclusive ou sélective, achat exclusif, franchise), le règlement 1475/95 vise un type de contrat déterminé dans un secteur économique précis. L'intitulé droit des contrats « très spéciaux » trouve ici toute sa justification.

2 - *L'effort de simplification de la « nouvelle approche » du droit communautaire de la concurrence*

173. La politique communautaire en matière de concurrence, et plus précisément en matière d'exemption par catégories, a récemment subi des modifications significatives. Cette « nouvelle approche » conduit à une réelle simplification des règlements d'exemption par catégories, conduisant à relativiser le constat de spécialisation pouvant jusque-là être formulé. A compter du 31 mai 2000, les règlements concernant les accords d'achat exclusif, de distribution exclusive, et de franchise ont cédé la place à un règlement unique concernant les « accords verticaux »⁴³⁷. Ce règlement élimine donc la distinction qui existait jusqu'ici entre les différents types de contrats de distribution, et fait même l'impasse sur le sort particulier qui était réservé aux accords dits de « bière » et de « stations-services » qui se verront appliquer le droit commun de la distribution. Aujourd'hui donc, seul le secteur de la distribution automobile garde sa spécificité. Pourtant, le règlement 1475/95 venant à expiration en septembre 2002, il était légitime de se demander si cette spécificité automobile n'allait pas elle

⁴³⁴ - Règlement 1475/95 du 28 juin 1995, *JOCE* du 29/06/1995, n° L-145, pp. 25-34 ; voir : annexe B de la thèse.

⁴³⁵ - Règlement 123/85, du 12 décembre 1984, concernant l'application de l'article 85§3 du Traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles, *JOCE* du 18/01/1985, n° L-15, pp. 16-24.

⁴³⁶ - Article 1^{er} du règlement 1475/95 déjà cité.

⁴³⁷ - Règlement 2790/1999 du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81-3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOCE* du 29/12/1999, n° L-336, pp. 21-25.

non plus voir ses jours comptés⁴³⁸. Des voix se sont élevées pour qu'à cette date, la distribution automobile tombe sous le coup des dispositions générales applicables aux autres accords de distribution⁴³⁹. Pourtant, estimant qu'une telle solution ne permettrait pas d'améliorer la concurrence au profit des consommateurs, la Commission européenne a présenté le 5 février 2002 un projet de réforme du règlement 1475/95. Le remodelage des exemptions par catégories en matière d'accords horizontaux, laisse par ailleurs subsister des règles propres aux accords de spécialisation⁴⁴⁰ et de recherche et développement⁴⁴¹. S'il est impossible pour l'heure de prédire l'influence de ce changement de cap sur l'avenir du droit communautaire des contrats entre entreprises, il importe de souligner l'effort de simplification et de généralisation fourni par les autorités communautaires afin de répondre aux nombreuses critiques qui lui étaient adressées concernant l'extrême spécialisation de son intervention en ce domaine⁴⁴².

II – Un droit « très spécial » des contrats

174. A côté de cette forme de spécialisation consistant à limiter l'intervention communautaire à certains contrats qui posent problèmes au regard du fonctionnement du marché commun, il existe une autre forme de spécialisation communautaire en matière contractuelle. Sans réglementer directement un type de contrat, le législateur communautaire est intervenu par le biais de la réglementation des modalités de négociation et de conclusion des contrats (A) des clauses contractuelles (B) ainsi que de l'exercice de certaines professions (C).

A - La réglementation des techniques contractuelles

175. C'est ainsi que, sans viser un type de contrat déterminé, certaines directives à caractère horizontal sont destinées à couvrir un grand nombre de situations. Il s'agit essentiellement de celles déjà citées concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ainsi que de la directive relative aux contrats conclus à distance. La directive 85/577 concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux⁴⁴³, couvre les situations dans lesquelles le contrat conclu lors d'une visite du commerçant chez le consommateur ou son lieu de travail, ou encore chez un autre consommateur, mais aussi lors

⁴³⁸ - THOUVENIN (J.-M.), Vers une remise en cause du système de distribution des automobiles en Europe, *RMCUE*, avril 2001, n° 447, pp. 240-246.

⁴³⁹ - C'est l'opinion par exemple des autorités britanniques de concurrence : Rapport « sur l'offre de voitures neuves au Royaume-Uni » du 10 avril 2000 rendu sur ordre de Sa Majesté par la Commission de la Concurrence britannique, 737 p.

⁴⁴⁰ - Règlement 2658/2000, *JOCE* du 05/12/2000, n° L-304, pp. 3-6.

⁴⁴¹ - Règlement 2659/2000, *JOCE* du 05/12/2000, n° L-304, pp. 7-12.

⁴⁴² - Notons que la Commission avait encouragé les acteurs économiques à lui adresser leurs observations sur l'efficacité de sa politique en matière d'exemption, lors de l'adoption d'un Livre vert consacré aux restrictions verticales : COM(96) 721 final.

⁴⁴³ - Déjà citée, *JOCE* du 31/12/85, n° L-372, pp. 31-33. Annexe B de la thèse.

d'une excursion organisée par le commerçant. La directive 97/7 concernant les contrats conclus à distance⁴⁴⁴ s'applique, quant à elle, lorsque le contrat est conclu par le biais d'une ou plusieurs techniques de communication à distance. Les textes renforcent le formalisme informatif, prévoient un droit de rétractation au profit du contractant-consommateur et pour ce qui est des contrats à distance un délai d'exécution est même imposé au fournisseur. Avec une approche encore plus spécialisée, le Parlement européen et le Conseil ont établi une proposition de directive⁴⁴⁵ concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs⁴⁴⁶. Cette directive qui modifierait les directives sur les contrats à distance et sur le crédit à la consommation, devrait couvrir tous les contrats portant sur des services financiers négociés par toute technique qui n'exige pas la présence physique et simultanée des deux parties. Compte tenu des risques particulièrement élevés que recèle ce type de contrats pour les intérêts du consommateur⁴⁴⁷, sont prévus une obligation d'information pré-contractuelle ainsi qu'un droit de rétractation allant de 14 à 30 jours au profit du consommateur. Ce texte n'a, à ce jour, toujours pas été adopté⁴⁴⁸.

176. Certains textes ont le même esprit ; ils concernent des techniques particulières de conclusion des contrats mais ne touchent que partiellement au droit des contrats, c'est le cas de la directive 2000/31 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique⁴⁴⁹ et de la directive 1999/93 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques⁴⁵⁰. Partant de l'idée que la conclusion de transactions par la voie électronique constitue un des phénomènes majeurs pour le commerce communautaire actuel, et que les disparités entre les législations nationales en vigueur risquent d'entraver le développement de cette nouvelle modalité de conclusion des contrats, le législateur a adopté deux directives ultra-spécialisées. La première concerne les signatures électroniques. Adoptée le 13 décembre 1999, elle est fondée sur un objectif de promotion de la confiance dans ce nouveau mode de commerce. Ce texte n'intervient que de façon très ponctuelle dans le droit des contrats puisqu'il prévoit simplement la reconnaissance

⁴⁴⁴ - Déjà citée, *JOCE* du 04/07/97, n° L-144, pp. 19-25. Annexe B de la thèse.

⁴⁴⁵ - Proposition de directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, COM(1999)0385 du 23/07/1999.

⁴⁴⁶ - Le Parlement européen avait adopté un amendement visant à inclure les services financiers dans la proposition de directive concernant la protection en matière de contrats à distance. Cet amendement a été refusé par la Commission, considérant que la question devait être traitée de façon autonome, compte tenu de la complexité et de la diversité croissante des activités financières.

⁴⁴⁷ - Voir : Livre vert sur les services financiers : répondre aux attentes des consommateurs, COM(96)209 final du 22 mai 1996, Communication de la Commission, du 07 février 2001, sur le commerce électronique et les services financiers, COM(2001) 66 final.

⁴⁴⁸ - Une position commune a été adoptée le 19 décembre 2001 par le Conseil : n°16/2002, *JOCE* du 05/03/2002, n° C-58 E, pp. 32-43.

⁴⁴⁹ - Directive 2000/31, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique, *JOCE*, du 17/07/2000, n° L-178, pp. 1-16. Annexe B de la thèse.

⁴⁵⁰ - Directive 1999/93 du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *JOCE*, du 19/01/2000, n° L-013, pp. 12-20. Annexe B de la thèse.

d'une valeur juridique aux signatures émises électroniquement. La seconde directive, adoptée le 20 juin 2000 est relative à « certains aspects juridiques des services de la société d'information et notamment du commerce électronique ». L'intitulé déjà illustre bien le caractère ponctuel de l'intervention communautaire. La directive-cadre horizontale qui s'applique à tous les services de l'information, contient des règles détaillées en matière de formation et de validité des contrats conclus par ces moyens.

177. Mais la technicité de l'intervention communautaire a pu prendre des formes encore plus marquées. Ainsi a été adoptée la directive 97/5 concernant les virements transfrontaliers ⁴⁵¹. Ce texte qui a pour objectif de sécuriser ce type de virements semble très éloigné du droit des contrats. Pourtant certaines de ces dispositions ont une incidence sur le contenu des documents contractuels relatifs à ces opérations ainsi que sur la relation contractuelle elle-même (mentions obligatoires, obligation d'indemnisation en cas de non respect des délais...). Une remarque similaire peut être formulée s'agissant de la directive concernant les retards de paiement ⁴⁵². Si, comme les deux autres, la relation de ce dernier texte avec le droit des contrats semble n'être qu'indirecte, certaines de ses dispositions se révèlent importantes au regard de la relation contractuelle. Pour ne citer que l'illustration la plus significative, l'article 4 de la directive prévoit la possibilité d'instaurer une clause de réserve de propriété jusqu'au paiement intégral. Eu égard à ce qui vient d'être décrit il est possible d'affirmer que le droit communautaire substitue des dispositions relevant d'un droit des techniques contractuelles à un véritable droit spécial des contrats.

B - La réglementation des clauses contractuelles

178. La directive 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ⁴⁵³ constitue le premier texte véritablement horizontal adopté par le droit communautaire. Sans qu'aucune catégorie de contrat ne soit visée, le droit communautaire est intervenu pour réglementer certaines clauses contractuelles spécifiques. Les clauses concernées sont celles qui, n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle créent, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. L'équilibre contractuel est donc recherché par le biais de la réglementation des clauses contractuelles et non du contrat lui-même. Il a été démontré dans le titre précédent que les dispositions de cette directive, malgré leur vocation horizontale, ne pouvaient être considérées comme constituant un droit commun des contrats à l'échelon communautaire. Leur place dans le droit spécial des contrats est, de ce fait, acquise, sans pour

⁴⁵¹ - Directive 97/5, du 27 janvier 1997 concernant les virements transfrontaliers, *JOCE* du 14/02/1997, n° L-43, pp. 25-31. Annexe B de la thèse.

⁴⁵² - Directive 2000/35 du 29 juin 2000, concernant la lutte contre les retards de paiement, *JOCE* du 08/08/2000, n° L-200 pp. 35-38. Annexe B de la thèse.

⁴⁵³ - Déjà citée, *JOCE* 21/04/93 n° L-95 p. 29-34. Annexe B de la thèse.

autant pouvoir les rattacher à la réglementation d'une catégorie déterminée de contrat. Il faut donc considérer que l'intervention communautaire relève davantage du droit des clauses contractuelles que du droit des contrats spéciaux.

C - La réglementation des professions

179. Certains contrats sont saisis de façon indirecte par le droit communautaire par le biais de la réglementation d'une profession. C'est essentiellement le cas du contrat d'agence commerciale. L'intitulé de la directive 86/653⁴⁵⁴ est révélateur. La directive est relative à « la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants ». C'est bien la profession d'agent commercial qui est visée et non le contrat d'agence commerciale, et pourtant les questions relatives à la forme et au contenu de celui-ci sont largement abordées. Or l'intervention du législateur communautaire vise ici un contrat spécial. Puisque le contrat d'agence commerciale constitue une catégorie particulière de mandat à titre onéreux. Le mandat à titre onéreux est à lui seul une catégorie de mandat, même s'il s'agit aujourd'hui de la catégorie la plus répandue. Or, parmi les contrats de mandats à titre onéreux on peut distinguer plusieurs types de contrats. L'agence commerciale se situant dans la catégorie des mandats d'intérêt commun, elle ne constitue qu'une facette spécialisée du droit du mandat. Les directives relatives à l'assurance se fondent dans le même moule. Les obligations d'information contractuelles mises à la charge de l'assureur prévues par les directives relatives à l'assurance vie⁴⁵⁵ et à l'assurance non-vie⁴⁵⁶, sont destinées à moraliser une profession et à protéger les assurés et pas à participer à la construction d'un éventuel droit des contrats spéciaux. La même remarque peut être formulée concernant le droit de rétractation qui est accordé au preneur d'assurance en vertu de la directive 90/619 en matière d'assurance vie⁴⁵⁷. On peut donc conclure ici qu'il s'agit davantage d'un droit des professions que d'un droit des contrats spéciaux.

180. Au droit des contrats le droit communautaire substitue donc un droit des clauses, un droit des techniques contractuelles et un droit des professions. Il faut aussi relever qu'une grande partie des textes constituant l'acquis communautaire, en matière contractuelle, ne vise qu'une catégorie de contractant : le consommateur. Le champ d'application *ratione personae* des directives, concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux et conclus à distance, est réduit aux contrats dont l'une des parties a la qualité de consommateur.

⁴⁵⁴ - Directive 86/653 du 18 décembre 1986 concernant les agents commerciaux indépendants, *JOCE* du 31/12/1986, n° L-382, p. 17-21 : Annexe B de la thèse.

⁴⁵⁵ - Directive 79/267 du 5 mars 1979, *JOCE* du 13/03/1979, n° L-63, pp. 1-18 ; Directive 90/619 du 8 novembre 1990, *JOCE* du 29/11/1990, n° L-330, pp. 50-61 ; Directive 92/96, du 10 novembre 1992, *JOCE* du 9/12/1992, n° L-360, pp. 1-27.

⁴⁵⁶ - Directive 92/49 du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239 et 88/357, *JOCE* du 11/08/1992, n° L-228, pp. 1-23.

⁴⁵⁷ - Article 15 de la directive 90/619 déjà citée.

Il en va de même pour la directive relative aux clauses abusives et pour celle concernant la garantie. Les contrats de tourisme, voyages à forfait et *timeshare*, ainsi que ceux de crédit n'intéressent le législateur communautaire que lorsqu'ils sont conclus par un consommateur. Il est un texte qui correspond parfaitement à cette approche : la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Ce texte est le seul à pouvoir revendiquer une approche véritablement horizontale : aucun contrat ni aucune technique contractuelle n'est spécifiquement visé. Pourtant, nous l'avons vu, la directive ne s'applique qu'à une catégorie de contrats : ceux conclus par un consommateur. On peut regretter que le législateur n'ait pas voulu étendre sa protection à l'ensemble des contractants, en visant par exemple l'ensemble des contrats d'adhésion mais il faut surtout retenir que le communautaire n'entend pas, pour l'heure, régir ces différents contrats ou techniques contractuelles en raison de leurs caractères intrinsèques, mais seulement parce qu'ils peuvent mettre en péril les intérêts des consommateurs.

181. En se reportant à la liste des textes adoptés, il est aisé de constater que la parcellisation tant évoquée a une nette tendance à l'accentuation. Les premiers textes adoptés visaient pour la plupart des catégories de contrats, certes très spéciaux, mais qui étaient souvent réglementés dans leur ensemble. Les derniers textes adoptés font au contraire ressortir l'intérêt des institutions communautaires pour les différentes techniques contractuelles et quelques aspects ponctuels de la relation contractuelle. Pour s'en convaincre il suffit de citer les directives adoptées durant ces deux dernières années : elles concernent les signatures électroniques, le commerce électronique ou plus exactement certains aspects juridiques des services de l'information, et enfin la lutte contre les retards de paiement. Alors que les premières directives adoptées dans les années quatre-vingt visaient, soit une catégorie de contrat -le crédit à la consommation-, soit une technique répandue de conclusion des contrats -le démarchage à domicile. La spécialisation s'accroît donc de manière évidente. Sauf en ce qui concerne le droit de la concurrence, dans lequel l'hyper spécialisation de départ a été récemment corrigée. Dans le même temps, il semble que le caractère lacunaire du domaine du droit des contrats ne subira pas de profondes modifications dans les années à venir. Les institutions n'envisagent pas d'intervention générale dans les contrats de vente, de prêt ou de bail. Pourtant l'accroissement du nombre de textes adoptés en matière contractuelle est indéniable puisque, pour ne s'en tenir qu'aux seules directives, on constate que trois seulement ont été adoptées avant 1990, quatre entre 1990 et 1995, alors qu'entre 1995 et 2000 ce sont pas moins de six directives qui ont été adoptées, et deux autres pour la seule année 2000. C'est essentiellement dans la question des compétences communautaires qu'il faut chercher une explication à cet état de fait.

Section 2

Le rôle Des règles

d'attribution ET D'EXERCICE des compétences

182. Le principe des compétences d'attribution dirige l'ensemble de la question de l'intervention des autorités communautaires. Il constitue, nous l'avons vu, une application du principe général de spécialité des organisations internationales en vertu duquel celles-ci ne peuvent intervenir que lorsque les traités institutifs leur ont attribué une compétence. Il rappelle qu'à la différence des États, les organisations internationales « ne sont que des sujets dérivés qui tirent leurs compétences de la volonté des États parties qui les ont instituées »⁴⁵⁸. Or ni le Traité de Rome, ni les traités ultérieurs n'ont dressé une liste des compétences communautaires. La principale raison de cette absence d'énumération résulte d'une caractéristique propre aux Traités communautaires. Ceux-ci n'appréhendent pas la question des compétences en fonction des matières à traiter mais au regard des actions à mener, des objectifs à atteindre. Cette démarche fonctionnelle déroute quelque peu les juristes nationaux qui ont pour habitude de raisonner par domaine : droit public, droit privé, droit commercial, droit pénal. Elle déforme l'analyse que l'on peut faire du développement du droit communautaire en matière de droit des contrats, comme d'ailleurs des autres domaines d'intervention communautaire.

183. Ce fonctionnalisme prend sa source dans l'obligation de se reporter aux buts assignés à la Communauté avant toute action communautaire. Ces buts sont répertoriés à l'article 2 du Traité CE. L'action envisagée par les autorités communautaires doit correspondre à l'un des buts suivants : la promotion d'un développement « harmonieux, équilibré et durable des activités économiques », un « niveau d'emploi élevé », l'égalité entre les sexes, une croissance équilibrée, un haut degré de compétitivité économique, la protection de l'environnement, le relèvement du « niveau et de la qualité de vie », la « cohésion économique et sociale » et enfin la solidarité entre les États membres. Une série d'actions communautaires ayant pour but la réalisation de ces objectifs est ensuite énoncée par l'article 3 du Traité CE. Il s'agit de l'interdiction des droits de douane, des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent à ces dernières (point *a*), de l'établissement de politiques communes en matière de commerce (point *b*), d'agriculture, de pêche (point *e*) et de transport (point *f*), de la construction d'un marché intérieur grâce à la promotion des quatre libertés de circulation (point *c*), de l'adoption de mesures relatives à l'entrée et à la libre circulation des personnes à l'intérieur du marché commun (point *d*), de la protection d'une concurrence véritable (point *g*) et enfin « du rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au

⁴⁵⁸ - *Commentaire article par article des Traités UE et CE*, sous la dir. de LÉGER (P.), Dalloz, Paris, 2000, p. 172.

fonctionnement du marché commun » (point *h*). Il résulte de ce qui précède que toute intervention communautaire en matière de contrats spéciaux doit donc pour être juridiquement valable, être nécessaire pour la réalisation de l'un des objectifs prévus à l'article 2 et prendre la forme de l'une des actions énoncées à l'article 3. L'intérêt du principe des compétences d'attribution et du principe de subsidiarité n'est pas seulement théorique. C'est parce qu'ils jouent un rôle réel dans la question du développement de l'action communautaire en matière de droit des contrats spéciaux qu'ils méritent d'être étudiés. Les principes semblent offrir une justification à la parcellisation du droit communautaire des contrats (§1). Qu'en est-il réellement ? Ne peuvent-ils pas au contraire justifier un approfondissement de l'intervention communautaire ? (§2)

§1 – UNE JUSTIFICATION A LA PARCELLISATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

184. Le droit communautaire des contrats est caractérisé à la fois par son caractère lacunaire et son ultra-spécialisation. Les contrats les plus usuels sont ignorés alors que les contrats réglementés par les autorités communautaires sont des contrats « très spéciaux ». Par ailleurs l'intervention communautaire concerne davantage certaines clauses contractuelles, certaines techniques de conclusion des contrats et certaines professions, que le droit des contrats en son entier. L'obligation de fonder les actes communautaires sur une base juridique valable et de se conformer au principe de subsidiarité justifie à la fois le droit des contrats « très spéciaux » (I) et le droit « très spécial » des contrats (I).

I – Les règles d'attribution et d'exercice des compétences et le droit communautaire des contrats « très spéciaux »

185. La Communauté a réglementé les contrats de tourisme, de crédit à la consommation, de distribution, de spécialisation, d'agence commerciale, mais n'est intervenue ni pour réglementer de manière générale des contrats aussi importants que le contrat de vente ou de crédit, ni en ce concerne les « petits » contrats tels que le prêt, le dépôt ou encore l'échange. Dans quelle mesure le choix de ce domaine d'action du législateur communautaire est-il conforme au principe d'attribution des compétences ?

186. Pour pouvoir envisager une harmonisation du droit applicable aux contrats spéciaux, il faut, en vertu du principe des compétences d'attribution, trouver une base juridique pertinente dans les dispositions du Traité. Cela suppose tout d'abord que cette intervention puisse correspondre à l'un des objectifs de la Communauté et ensuite à une des actions énumérées à l'article 3. Parmi les objectifs que pourrait potentiellement viser une intervention communautaire en matière de contrats spéciaux, la promotion d'un « développement

harmonieux, équilibré et durable des activités économiques » semble être le plus appropriée. Le lien entre contrat et activité économique est évident, le contrat constituant le « vêtement juridique »⁴⁵⁹ de toute opération économique. Cela suppose ensuite que le Traité ait accordé à la Communauté les moyens d'atteindre cet objectif. C'est l'article 3 du Traité qui liste les moyens d'actions accordés à la Communauté. Plusieurs types d'actions semblent *a priori* appropriés. Le point *h* relatif au « rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun » peut parfaitement trouver à s'appliquer, plus sûrement encore le point *g* qui prévoit l'adoption d'un « régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur », et on peut encore penser à « l'abolition [...] des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes des services et des capitaux » (point *c*). Les articles relatifs au rapprochement des législations dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun sont contenus dans le chapitre 3 du Titre V relatifs aux « règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations ». Il s'agit principalement des articles 94, 95 et 96 du Traité (*ex* articles 100, 100A et 101) qui constituent des clauses générales d'harmonisation pouvant être utilisées en l'absence de règles spéciales⁴⁶⁰. Dans la mesure où l'article 96, comme nous l'avons déjà indiqué⁴⁶¹, est d'utilisation parfaitement exceptionnelle, ce sont uniquement les 94 et 95 qui peuvent fournir une base juridique appropriée à l'action envisagée. L'article 94 prévoit que le Conseil statuant à l'unanimité « arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun »⁴⁶². En vertu de l'article 95, c'est à la majorité qualifiée que le Conseil « arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur »⁴⁶³. Il faut faire fi des différences sémantiques déjà évoquées⁴⁶⁴ entre les deux textes pour constater qu'il ressort des deux dispositions que l'intervention communautaire doit répondre à l'objectif de fonctionnement du marché commun. La question centrale est donc de savoir si les disparités entre les législations nationales relatives aux contrats spéciaux constituent un frein au fonctionnement du marché commun. Or il ressort de l'analyse que si le lien entre certains contrats « très spéciaux » comme les contrats de tourisme (A) ou les contrats commerciaux entre entreprises (B) et le droit communautaire est aisément identifiable, il en va différemment en ce qui concerne les « petits contrats » spéciaux que connaît le droit national (B).

A – Les contrats de tourisme et le Marché intérieur

⁴⁵⁹ - ALPA (G.), Les nouvelles frontières du droit des contrats, *op. cit.*, p. 1019.

⁴⁶⁰ - Voir : Harmonisation des législations, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, sous la dir. de BARAV (A.) ET PHILIP (L.), PUF, Paris, p. 569.

⁴⁶¹ - Voir : *Supra* §129.

⁴⁶² - C'est nous qui soulignons.

⁴⁶³ - C'est nous qui soulignons.

⁴⁶⁴ - *Supra* §130.

187. Concernant la catégorie des contrats que l'on dit « de tourisme », à laquelle appartiennent les contrats de multipropriété ou *timeshare*, ainsi que les contrats de voyages à forfait, le bien fondé de l'intervention communautaire est solidement justifié. Le secteur touristique constitue, sans aucun doute, l'un des secteurs essentiels de l'achèvement du marché intérieur. L'influence qu'exerce le tourisme sur la cohésion économique ⁴⁶⁵, sur l'emploi mais aussi sur la promotion des cultures européennes ⁴⁶⁶ n'est plus à prouver. Or il est avéré que les législations nationales y relatives présentent de nombreuses disparités ⁴⁶⁷. En conséquence, la construction d'une politique communautaire du tourisme est nécessaire pour pallier les obstacles à la libre prestation de services ainsi que les distorsions de concurrence existant en ce domaine. Cette intervention communautaire en matière de tourisme, qui touche à de nombreuses politiques communautaires ⁴⁶⁸ et qui est fondée sur l'ancien article 100A trouve ici sa pleine légitimation. Par ailleurs, le caractère largement transfrontière des contrats de *timeshare* et de voyages et vacances à forfait, la complexité des opérations sur lesquelles ils reposent, justifient une intervention justifie une intervention ayant pour but de protéger les intérêts du candidat-touriste.

B - Les contrats commerciaux entre entreprises et la politique de concurrence

188. Les dispositions relatives à la politique de concurrence ont justifié l'adoption d'instruments communautaires qui ont réglementé de façon détaillée un bon nombre de contrats « très spéciaux ». Les dispositions relatives au droit de la concurrence communautaire ont contribué à ce que le législateur européen intervienne très tôt pour définir un cadre normatif applicable à ces contrats issus de la pratique commerciale et dont le développement s'était largement fait en dehors de tout encadrement légal. C'est sur la base de l'ancien article 85 du Traité (article 81 TCE) qu'ont été adoptés les règlements d'exemption relatifs aux contrats de distribution et de production. L'ancien article 85 du Traité, tout comme l'article 81 actuel, interdit dans son paragraphe 1 « tous accords entre entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun [...] ». Mais le paragraphe 3 autorise l'adoption de règlements qui exemptent de cette interdiction les accords « qui contribuent à améliorer la production ou

⁴⁶⁵ - Les quatre pays à plus faible PIB –Espagne, Grèce, Irlande et Portugal- réalisent un quart des entrées touristiques de l'Union. Voir : SILVESTRO (V.), Le rôle du tourisme dans l'Union européenne, *RMCUE*, 1996, juin, n° 399, p. 447.

⁴⁶⁶ - L'importance du rôle joué par le tourisme pour le développement de l'intégration européenne a été mis en lumière dans un document de la Commission intitulé « Importance du tourisme pour la Communauté ». Voir *JOCE* du 30/04/1984, n° C-115 p. 1.

⁴⁶⁷ - Voir les considérants de la directive 90/314 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, *JOCE* du 23/06/90, n° L-158 p. 59.

⁴⁶⁸ - Voir : Rapport spécial n° 3/96 relatif à la politique du tourisme et sa promotion, accompagné des réponses de la Commission, 97/C 17/01, *JOCE* du 16/01/1997, n° C-17 pp. 1-23.

la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ». L'intervention communautaire en matière de franchise, de distribution et d'achat exclusif, de distribution automobile, de licence de brevet et de savoir-faire, de recherche et développement ... pour être ultra-spécialisée n'en est pas moins conforme à l'exigence de base juridique.

C – Le problème de la base juridique communautaire et les « petits contrats »

189. En revanche, force est de constater qu'en ce qui concerne les contrats les plus courants, les « petits contrats » de la vie quotidienne, qui revêtent rarement une importance économique significative, le fonctionnement du marché commun peut difficilement servir de base juridique valable. A quel titre la Communauté pourrait-elle adopter un texte concernant le contrat de prêt ? de dépôt ? d'échange ?

190. Raisonnons sur le contrat de prêt qui constitue une excellente illustration. Il faut commencer par distinguer entre le prêt à usage ou commodat et le prêt à la consommation. Le prêt à usage est un contrat qui est en principe gratuit, *intuitu personae* et qui repose sur une opération simple. Le principe de la gratuité du prêt à usage découle du droit romain qui avait prohibé le prêt à intérêt et se retrouve dans les dispositions du Code civil puisque l'article 1876 affirme que le contrat de prêt est « essentiellement gratuit ». Dès lors qu'une contrepartie est prévue le prêt se transforme en louage et ce même si cette contrepartie est minime. Le professeur Huet cite l'exemple d'un contrat par lequel un garage automobile met à la disposition d'un pilote un véhicule en échange de quoi une publicité est faite pour le garage. Ce contrat ne peut être qualifié de prêt puisque les deux parties en retirent un bénéfice, il devra donc être qualifié autrement⁴⁶⁹. La gratuité du contrat de prêt est en partie un principe issu de la tradition historique et philosophique, mais elle est surtout liée au fait qu'un autre contrat réel existe qui prévoit lui l'existence d'une contrepartie : le contrat de bail. Le prêt à usage est le plus souvent un service d'ami qui repose sur une relation de confiance et qui, de ce fait est conclu *intuitu paersonae*. C'est pourquoi on a pu affirmer que « Le domaine du prêt à usage vraiment gratuit se trouve dans le cercle de famille et d'amitié »⁴⁷⁰. Par ailleurs, le contrat de prêt est un contrat « élémentaire »⁴⁷¹ parce que l'opération qu'il suppose est particulièrement simple : il s'agit de la remise de la chose qui est la seule forme requise. Il faut donc un geste

⁴⁶⁹ - La qualification la plus adaptée sera celle de contrat de *sponsoring*, contrat spécial né de la pratique publicitaire.

⁴⁷⁰ - GAUTIER (P.-Y.), *Droit civil - Obligations*, op. cit., p. 521.

⁴⁷¹ - COLLART-DUTILLEUL (F.) DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Paris, 5^{ème} éd., 2001, p. 479.

pour l'accomplir « et seulement un geste »⁴⁷². Le caractère gratuit, la simplicité de l'opération de prêt ainsi que son caractère le plus souvent *intuitu personae*, retirent la possibilité aux autorités communautaires d'intervenir en vue de sa réglementation. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, l'absence d'intervention communautaire concernant un autre contrat réel que constitue le contrat de dépôt, est parfaitement justifiée au regard du principe des compétences d'attribution. Ce contrat est défini comme un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à charge de la garder est en principe gratuit⁴⁷³, et pour cette raison n'intéresse pas le droit communautaire. Comme le fait remarquer le Doyen Carbonnier « ces contrats ont une sanction juridique, mais, dans le régime que la loi leur donne, ils se souviennent encore d'avoir été originellement de purs arrangements amicaux, dominés par une exigence de gratuité et de confiance personnelle »⁴⁷⁴, dès lors la réglementation de tels contrats au plan communautaire n'a que peu de sens. Les intérêts des parties en cause ne sont que rarement mis en danger dans le cadre d'un contrat conclu, entre amis ou membres d'une même famille et essentiellement gratuit. Par ailleurs, même en imaginant qu'un tel contrat soit conclu en dehors du cercle amical ou familial, la simplicité de l'opération sur laquelle il repose, réduit considérablement les risques de conflit. Dans ces conditions il paraît difficile de soutenir que les articles 94 ou 95 du Traité peuvent fonder une compétence communautaire en la matière. Nous sommes là face au modèle européen de ce que le doyen Carbonnier nomme « le non-droit des petits contrats »⁴⁷⁵. En effet, à côté du « non-droit des grands contrats »⁴⁷⁶ terme sous lequel l'auteur désigne les contrats internationaux qui rejettent le droit étatique, se profilent à l'autre extrême, des contrats « trop modestes pour pénétrer dans le droit »⁴⁷⁷. Cette affirmation se révèle juste au regard du moins du droit communautaire.

La solution s'avère plus complexe pour le prêt de consommation. Si le prêt à usage est encore essentiellement gratuit, le prêt de consommation, qui prend le plus souvent la forme du prêt d'argent, est le plus souvent conclu avec un caractère onéreux et en dehors de toute relation de confiance. Il sert en de base au contrat de crédit, qui implique le plus souvent une relation avec un professionnel et l'établissement d'un taux d'intérêt. Les intérêts financiers des parties sont en cause, doublement mis en péril par l'existence d'une relation professionnel - consommateur et par la complexité des calculs nécessaires. En se professionnalisant, le contrat de prêt a exigé que l'on adapte « à la morale des affaires ce qui avait été conçu pour la morale de l'amitié »⁴⁷⁸. Dans ces conditions, l'intervention communautaire, par l'intermédiaire des trois directives de 1986, 1990 et 1998 trouve donc sa justification juridique dans le bon fonctionnement du marché commun.

⁴⁷² - *Ibid.*, p. 453.

⁴⁷³ - L'article 1928 du Code civil le définit comme « essentiellement gratuit ».

⁴⁷⁴ - CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 293.

⁴⁷⁵ - CARBONNIER (J.), Introduction, in : *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savatier, PUF, Paris, p. 38.

⁴⁷⁶ - *Ibid.*

⁴⁷⁷ - *Ibid.*

⁴⁷⁸ - CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 293.

191. Concernant le contrat de mandat, la situation est en quelque sorte comparable. Des différentes sortes de mandat existantes, le droit communautaire n'en a réglementé de manière générale qu'une seule : le contrat d'agence commerciale, prototype du mandat d'intérêt commun. L'aspect fondamentalement commercial de ce contrat « très spécial » a nécessité l'action communautaire. La plupart des autres mandats étant plutôt de nature civile, le principe des compétences d'attribution a limité l'action communautaire. Un aspect très pointu du mandat a été partiellement touché par le droit communautaire : celui du mandat de l'agent de voyage à travers la réglementation du contrat de voyage et vacances à forfait. Ce n'est qu'au regard de l'objectif de promotion du marché unique que ce contrat, multiple par excellence, a été réglementé par le législateur européen.

II – Les règles d'attribution et d'exercice des compétences et le droit « très spécial » des contrats

192. Qu'il s'agisse de la réglementation des professions (A), de celle des techniques contractuelles (B) des retards de paiement ou des garanties des biens de consommation (C), l'extrême spécialisation de cet ensemble de textes trouve une justification dans les règles attributives et régulatrices des compétences.

A - La réglementation des professions et la liberté professionnelle

193. C'est sur la base du droit d'exercer librement une activité professionnelle qu'a été abordée la réglementation de la profession d'agent commercial. La directive sur les agents commerciaux dispose d'une double base juridique. Elle vise l'article 57§2 (actuel 47§2) et l'ancien article 100. La première disposition s'inscrit dans le cadre de la liberté d'établissement, facette de la liberté professionnelle qui implique l'installation à titre permanent et se distingue, en cela, de la libre prestation de service⁴⁷⁹. L'ancien article 57§2 prévoit ainsi l'adoption de directives concernant l'accès aux activités non salariées et l'exercice de celles-ci. Or, les disparités des législations nationales en matière d'activité des agents de commerce, constituent des entraves à l'établissement des agents commerciaux. La directive indique que les différences existantes « affectent sensiblement les conditions de concurrence et l'exercice de la profession », et qu'elles sont de nature à « gêner l'établissement et le fonctionnement des contrats de représentation commerciale entre un commettant et un agent commercial établis dans des États membres différents »⁴⁸⁰. Les agents commerciaux contribuant activement au développement des échanges de marchandises, le lien

⁴⁷⁹ - DUBOUIS (L.) BLUMANN (C.), *Droit matériel de l'Union européenne*, Monchrestien, Domat, Paris, 2^{ème} éd., 2001, pp. 70-71.

⁴⁸⁰ - Considérant n° 2 de la directive 86/653, précitée.

entre les disparités des législations nationales et le fonctionnement du marché commun est évident et justifie pleinement le rapprochement des législations. La réglementation, assez détaillée, du contrat d'agence par le biais de cette directive se situe donc précisément dans l'un des objectifs de la Communauté.

194. La réglementation de certains aspects, limités, des contrats d'assurance correspond à cette même dualité d'objectifs et donc de base juridique. D'un côté, il s'agissait de permettre aux sociétés d'assurance de s'établir ou d'offrir librement leurs services à l'intérieur de tout le territoire communautaire, de l'autre, il s'agissait de protéger l'assuré au regard de la complexité des opérations d'assurances. Le principe de subsidiarité est ici pleinement respecté puisque l'intervention communautaire en matière strictement contractuelle se limite à une obligation d'information au profit de l'assuré. Pour le reste le contrat d'assurance demeure soumis au droit national.

B - Les techniques contractuelles, le Marché intérieur et la protection du consommateur

195. En ce qui concerne les réglementations de certaines techniques contractuelles, c'est leur caractère agressif vis-à-vis des consommateurs qui a autorisé l'intervention des autorités communautaires. Or, malgré la reconnaissance progressive d'un impératif de protection du consommateur par les autorités communautaires⁴⁸¹, il n'existait pas, avant l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, de base juridique spécifique en matière de protection des consommateurs. Le premier programme d'action en faveur des consommateurs remonte à l'année 1975. Il part du constat que « désormais le consommateur n'est plus considéré seulement comme un acheteur ou un utilisateur de biens et de services pour un usage personnel, familial ou collectif, mais comme une personne concernée par les différents aspects de la vie sociale qui peuvent directement ou indirectement l'affecter en tant que consommateur »⁴⁸². Peu à peu la défense du consommateur s'est inscrite comme l'un des objectifs de l'action communautaire, sans qu'aucune disposition spécifique ne soit insérée dans le Traité⁴⁸³. Le Traité de Maastricht marque un tournant dans la politique de protection du consommateur puisqu'il consacre celle-ci en tant que politique commune, grâce à l'article 129 (article 153 actuel) qui dispose : « Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, la Communauté contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs

⁴⁸² - Programme préliminaire de la Communauté Economique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, Résolution du Conseil du 14 avril 1975, *JOCE*, du 25 avril 1975, n° C-92/1 p. 1.

⁴⁸³ - L'arrêt *Cassis de Dijon*, fait de la défense du consommateur l'une des exigences impératives qui peuvent, sous certaines conditions, légitimer que les Etats membres restreignent la libre circulation des marchandises. CJCE, 20 février 1979, aff 120/78, *Rewe-Zentral, Rec.*, p. 649.

intérêts ». Donc jusqu'à la date du 1^{er} novembre 1993, date d'entrée en vigueur du Traité sur l'Union européenne, toute action visant à protéger les consommateurs devait trouver sa base dans une disposition générale du Traité.

C'est donc sur le fondement de l'ancien article 100A qu'a été adoptée la plupart des textes communautaires⁴⁸⁴. Il fallait donc pouvoir établir un lien entre la protection des consommateurs et le fonctionnement du marché intérieur. De fait, les différentes directives protégeant le consommateur, en matière contractuelle, justifient le choix de l'article 100A dans leurs motifs, en évoquant la nécessité de rapprocher des règles nationales plus ou moins protectrices dont la diversité pouvait être à l'origine d'entraves à la libre circulation des marchandises et créatrices de distorsions de concurrences. C'est le cas des directives concernant les techniques contractuelles jugées agressives. C'est le cas aussi de la directive sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs qui contient un considérant ainsi rédigé : « Les législations des États membres concernant les clauses dans les contrats conclus entre, d'une part, le vendeur ou le prestataire de service et le consommateur, d'autre part, présentent de nombreuses disparités, avec pour conséquences que les marchés nationaux relatifs à la vente de bien et à l'offre de services aux consommateurs diffèrent les uns des autres et que des distorsions de concurrence peuvent surgir parmi les vendeurs et les prestataires de services, spécialement lors de la commercialisation dans d'autres États membres ». Le lien entre les disparités des législations nationales comprenant des dispositions protectrices du consommateur et le fonctionnement du marché intérieur semble évident. Le consommateur ne connaît rien des dispositions des autres droits nationaux qui régissent le droit des contrats. Cette ignorance peut parfaitement le dissuader d'entreprendre les transactions dont il a besoin. Une meilleure information du consommateur crée un climat de confiance qui l'encourage à contracter, le marché intérieur s'en trouve renforcé. C'est dans cet objectif que, sans prétendre réglementer un contrat en particulier, les autorités communautaires ont pu trouver dans les dispositions relatives au rapprochement des législations nationales, une base juridique pertinente pour les directives destinées à réglementer des pratiques contractuelles jugées dangereuses pour le consommateur, ainsi que pour harmoniser le droit des clauses abusives dans les différents États membres.

La lutte contre l'insécurité juridique et donc contre la méfiance des opérateurs économiques envers les méthodes nouvelles de conclusion des contrats a, de la même façon incité, les autorités communautaires à adopter les directives relatives au commerce électronique et aux signatures électroniques. Mais la base juridique choisie vise aussi la liberté d'établissement et de prestation de services. Les deux textes sont fondés sur les articles 47§2 relatif à l'accès et à l'exercice des professions indépendantes, 55 concernant la libre prestation

⁴⁸⁴ - C'est le cas des directives concernant l'étiquetage des produits alimentaires (*JOCE* du 8/02/79, n° L-33 p. 1) la publicité trompeuse (*JOCE* du 19/09/84, n° L-250, p. 17) la responsabilité du fait des produits défectueux (*JOCE* du 7/08/85, n° L-210, p. 29) le crédit à la consommation (*JOCE* du 12/02/87 n° L-42 p. 48) la sécurité des jouets (*JOCE* du 16/07/88 n° L-187, p. 1) les voyages, vacances à forfait (*JOCE* 23/06/90 n° L-158, p. 59) la sécurité générale des produits (*JOCE* du 11/08/92, n° L-228, p. 24) les clauses abusives (*JOCE* du 21/04/93, n° L-95 p. 29).

de service et sur l'article 95. La directive sur le commerce électronique a pour objectif de « contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en assurant la libre circulation des services de la société d'information entre les États membres ». Le droit des contrats est partiellement affecté par ce texte, qui établit une harmonisation du traitement et de la formation des contrats électroniques. Le lien entre le développement du commerce électronique et de celui du marché commun est évident dans la mesure où de plus en plus d'opérations économiques se concrétisent par la voie des techniques nouvelles de communication et que ces techniques constituent un moyen supplémentaire de favoriser le commerce transfrontière. Quant au lien avec le libre établissement et la libre prestation de service, il ne peut être contesté compte tenu du développement spectaculaire des entreprises opérant par voie électronique. Il convient par ailleurs de noter que, comme le titre du texte l'indique, seuls certains aspects spécifiques du commerce électronique sont traités, ce qui correspond pleinement à la nécessité de respecter le principe de subsidiarité. La directive concernant les signatures électroniques poursuit les mêmes objectifs et dispose des mêmes bases juridiques communautaires. Comme l'indique le considérant 4 du texte « l'établissement d'un cadre communautaire clair concernant les conditions applicables aux signatures électroniques contribue à renforcer la confiance dans les nouvelles technologies et à en favoriser l'acceptation générale » et par là le développement du commerce communautaire. Il faut noter qu'ici encore le législateur communautaire intervient dans une mesure moindre dans le droit des contrats, puisqu'il s'agit seulement de reconnaître une valeur juridique aux signatures électronique. Le respect du principe de subsidiarité ne peut faire aucun doute dans le cas de ces deux textes qui ont un lien direct avec le commerce transfrontière. La même remarque peut aisément être formulée concernant la directive 97/5 relative aux virements transfrontaliers. Cette notion peut être définie comme une opération par laquelle un donneur d'ordre, situé dans un Etat membre, met une somme d'argent à la disposition d'un bénéficiaire situé dans un autre Etat membre. Etant donné le caractère par nature transfrontière de cette relation contractuelle, le lien avec l'achèvement du marché intérieur ne peut faire aucun doute et l'utilisation du seul ancien article 100 A est, de ce fait, pleinement logique.

C – Les retards de paiement, les garanties des biens de consommation et le Marché intérieur

196. Le caractère hyper spécialisé des directives relatives aux garanties des biens de consommation et aux retards de paiement trouve une explication assez semblable. La directive⁴⁸⁵ relative à la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales a, elle aussi, pour objectif le bon fonctionnement du marché intérieur et vise en conséquence l'article 95 du Traité CE. Les disparités notables qui existent entre les dispositions nationales relatives aux paiements commerciaux, dissuadent les opérateurs

⁴⁸⁵ - Directive 2000/35, déjà citée.

économiques de conclure des transactions commerciales transfrontières. En effet, quel commerçant, dirigeant d'une PME ou artisan, se lancera dans une vente ou une prestation de service vers un autre Etat membre s'il ne dispose d'aucune garantie légale concernant le paiement de cette transaction ? Les disparités nationales en ce domaine constituent un obstacle sérieux au succès du marché unique ce qui justifiait une intervention communautaire. Or, après avoir adopté une recommandation concernant les délais de paiement dans les transactions commerciales⁴⁸⁶, la Commission a constaté que la situation ne s'était guère améliorée. Comme ne manque pas de le souligner le législateur communautaire, la lutte contre ces retards de paiement ne peut pas être réalisée de manière plus satisfaisante par les États agissant individuellement⁴⁸⁷. L'adoption d'une directive dans ce domaine qui ne touche que très ponctuellement au droit des contrats est donc tout à fait conforme au principe des compétences d'attribution, au principe de subsidiarité et même à l'exigence de proportionnalité.

197. La directive relative à la vente et aux garanties des biens de consommation⁴⁸⁸ représente une incursion à la fois significative et très ponctuelle du législateur communautaire dans le domaine du contrat de vente. Nous l'avons déjà indiqué, le texte ne s'applique qu'aux ventes conclues par des consommateurs et, par ailleurs, les dispositions matérielles de la directive ne concernent que des aspects très spécifiques du contrat de vente. C'est l'objectif d'accomplissement du marché intérieur qui a fondé l'adoption d'un tel texte. Le développement du commerce transfrontière constitue sans aucun doute l'une des priorités des autorités communautaires. Or, pour que les consommateurs soient encouragés à acquérir des biens dans d'autres États membres, il convient de renforcer la confiance que ceux-ci peuvent avoir dans le marché commun. Et, comme le souligne le considérant n°6 de la directive, le problème principal rencontré par les consommateurs lors de l'achat d'un bien dans un Etat membre qui n'est pas le sien, est celui de la non-conformité du bien au contrat. Les législations nationales relatives à ce point précis du contrat de vente présentant certaines disparités importantes⁴⁸⁹, l'intervention communautaire se trouve totalement justifiée au regard de l'article 95 du Traité. Il semble donc difficile de reprocher au législateur communautaire une intervention dans le domaine contractuel qui soit contraire aux principes des compétences d'attribution et de subsidiarité. Mais la question des retards de paiement et celle des garanties sont des aspects essentiels d'un contrat qui lui-même n'est pas réglementé. Ces deux derniers exemples de réglementation communautaire nous amènent à nous demander

⁴⁸⁶ - JOCE du 10/06/95, n° L-127 p. 19.

⁴⁸⁷ - Considérant n° 12 de la directive 2000/35 déjà citée.

⁴⁸⁸ - Directive 1999/44, déjà citée.

⁴⁸⁹ - La Commission des Communautés a mené sur ce point une étude des dispositions en vigueur dans les différents Etats membres. Cette étude porte sur les aspects essentiels relatifs à la garantie des biens de consommation, c'est-à-dire : la notion de défaut, les responsables de la garantie, les bénéficiaires de la garantie, les effets de la garantie, les délais de garantie et les délais d'action, les règles relatives à la charge de la preuve. Voir : Livre vert sur les garanties des biens de consommation et les services après-vente, du 15 novembre 1993, COM (93) 509 final, spec. point III A.

si ces principes ne peuvent pas justifier une intervention supplémentaire de manière à pallier l'insuffisance des actions entreprises par les autorités communautaires en matière contractuelle.

§2 – Un moyen de pallier l'insuffisance des actions entreprises ?

198. Si les principes d'attribution et d'exercice des compétences communautaires peuvent valablement être présentés comme constituant des limites à l'action communautaire, il convient de présenter l'aspect positif que peut recouvrir le principe de subsidiarité (I) afin de déterminer dans quelle mesure une évolution positive pourrait découler de son application au droit des contrats (II).

I – L'aspect positif du principe de subsidiarité

199. Malgré la rédaction négative de l'article 5 du TCE, le principe n'a pas pour seul objet de limiter les compétences communautaires. Les adversaires du renforcement de l'intégration européenne, ceux qui voient dans les compétences communautaires une sorte d'amputation des prérogatives normatives des États membres, ont accueilli l'article 3B du Traité de Maastricht (actuel article 5) avec soulagement. En vertu de ce principe et de celui des compétences d'attribution, la règle est la compétence nationale l'exception la compétence communautaire. Dans ce contexte le principe a été essentiellement présenté comme contenant une limitation des compétences communautaires, mais l'histoire et l'essence même du principe lui assignent aussi un rôle positif. D'Aristote à Pie XI, la subsidiarité était conçue comme un principe dynamique qui jouait aussi bien dans le sens de la restriction que dans celui de l'extension des pouvoirs de l'autorité supérieure. Par ailleurs les travaux préparatoires du Traité de Maastricht font ressortir une idée de la subsidiarité qui était nettement moins négative que celle de l'article 3B ⁴⁹⁰. Par ailleurs, en matière environnementale, domaine dans lequel le principe de subsidiarité a été expressément inscrit pour la première fois, l'application de celui-ci semble clairement avoir prouvé l'existence d'un caractère incitatif. Le Conseil européen d'Edimbourg a examiné la question de la portée du principe de subsidiarité et a affirmé que la subsidiarité est un concept dynamique qui doit être appliqué à la lumière des objectifs énoncés dans le Traité et qui permet d'élargir l'action de la Communauté lorsque les circonstances l'exigent. Au-delà de cet aspect connu du caractère incitatif du principe de subsidiarité, il est possible d'envisager à l'instar du professeur Rideau ⁴⁹¹, que ce dernier

⁴⁹⁰ - Le projet luxembourgeois était formulé de manière positive : « La Communauté agit à chaque fois que... » à tel point que le professeur Chemillier-Gendreau a pu affirmer que cette formulation permettait « bel et bien l'expression incontrôlée des compétences communautaires ». Voir : CHEMILLIER-GENDREAU (M.), Le principe de subsidiarité : enjeu majeur, débat confus, *Le monde diplomatique*, juillet 1992.

⁴⁹¹ - RIDEAU (J.), *Droit institutionnel des Communautés et de l'Union européenne*, LGDJ, Paris ; 3^{ème} éd., 1999, p. 506.

puisse jouer un rôle important dans le débat sur l'attribution de compétences nouvelles et sur l'extension de compétences existantes. Il peut être dans l'esprit des acteurs des prochaines révisions des Traités allant dans le sens d'un nouveau renforcement de l'intégration européenne. Il est donc tout aussi légitime de penser que dans le domaine du droit des contrats, l'action communautaire se révèle plus efficace que des actions nationales.

La Commission évoque cet aspect positif du principe dans sa communication sur le droit européen des contrats⁴⁹² : « lorsque l'intention est d'obtenir un impact dans l'ensemble de la Communauté, l'action au niveau communautaire est indubitablement la meilleure façon de garantir un traitement homogène au sein des systèmes nationaux et de stimuler une coopération efficace entre les États membres ». L'aspect positif du principe a été mis en lumière par la Commission européenne en ce qui concerne le droit des contrats. Dans sa communication du 11 juillet 2001, l'institution affirme : « Le principe de subsidiarité sert de repère pour définir comment les pouvoirs de la Communauté doivent être exercés au niveau communautaire. La subsidiarité est un concept dynamique qui devrait être appliqué à la lumière des objectifs définis dans le traité. Elle permet d'étendre l'action de la Communauté dans les limites de ses pouvoirs lorsque les conséquences l'exigent et inversement, de la restreindre ou de l'interrompre lorsqu'elle ne se justifie plus. [...] Lorsque l'intention est d'obtenir un impact dans l'ensemble de la Communauté, l'action au niveau communautaire est indubitablement la meilleure façon de garantir un traitement homogène au sein des systèmes nationaux et de stimuler une coopération efficace entre les États membres »⁴⁹³.

II – Son application au droit des contrats

200. Si l'on admet ce rôle moteur qu'est amené à jouer le principe de subsidiarité, force est de constater que le législateur communautaire devrait intensifier son action dans le domaine du droit des contrats, quantitativement (A) d'abord en étendant son action à certains contrats spéciaux et mais surtout qualitativement (B) en adoptant une approche plus systématique lorsqu'il intervient dans la sphère contractuelle.

A – Une possible évolution quantitative : vers la réglementation de nouveaux contrats spéciaux

201. L'étude de l'acquis communautaire, en matière de droit des contrats, a fait ressortir que certains contrats spéciaux n'ont jamais fait l'objet d'une intervention communautaire à caractère général. A côté de la dimension transfrontière de l'action envisagée, le principe de

⁴⁹² - Déjà citée : COM (2001) 398 final, p. 13.

⁴⁹³ - COM (2001)398 final, §43.

subsidiarité est lié à la difficulté de résoudre de façon isolée certains problèmes. Dans cette optique, quelques contrats nécessiteraient une intervention communautaire supplémentaire. Or, s'il ressort que cette inaction se révèle juridiquement justifiée pour certains « petits » contrats, le principe de subsidiarité commande, dans son aspect positif une intervention communautaire concernant des contrats représentant un réel enjeu communautaire. Deux contrats se trouvent dans cette situation : le contrat de vente et le contrat de crédit.

202. Le contrat de vente est, nous l'avons déjà dit, considéré à juste titre comme le plus général des contrats spéciaux. Cette caractéristique constitue à la fois la justification et la limite d'une intervention communautaire. En tant que contrat le plus répandu, le plus utilisé sur le territoire communautaire, la vente nécessiterait une harmonisation communautaire. Comment nier l'incidence des disparités des législations nationales relatives aux contrats de vente sur le volume des contrats de vente conclus entre opérateurs économiques relevant de droits différents ? Comment ne pas penser qu'une harmonisation des règles applicables à ce contrat pourrait accroître la confiance vis-à-vis des contrats transfrontières ? Cette nécessité a été reconnue dans l'ordre international, pourquoi ne le serait-elle pas dans l'ordre communautaire ? L'emploi de l'article 95 pourrait aisément être justifié. Mais, parallèlement il faut être conscient qu'en raison de la généralité du contrat de vente, une réglementation dans le domaine de ce contrat déterminé reviendrait quasiment à réglementer tous les contrats de façon générale. La comparaison des développements consacrés au contrat de vente et au droit commun des contrats dans les manuels de droit civil est sur ce point particulièrement révélatrice. Hormis les points spécifiquement consacrés à la notion de propriété, les règles diffèrent très peu. Alors que les dispositions applicables à certains contrats spéciaux constituent autant de dérogations au droit commun des contrats, les dispositions relatives au contrat de vente n'en sont que la plus courante application. Le lien étroit qui unit le droit de la vente et le droit commun des contrats avait déjà été mis en lumière par la Commission européenne au moment de la présentation de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux. Il est intéressant de reproduire ici un passage de cet exposé, dans lequel après avoir précisé que la directive n'intervient pas dans le droit de la vente, la Commission avait affirmé : « Si le besoin d'améliorer la situation juridique de l'acheteur d'une chose défectueuse à l'égard de son vendeur ou les droits de recours de ce dernier contre le fabricant se fait sentir dans l'intérêt de la protection du consommateur, il serait possible de prendre les mesures appropriées dans le cadre du droit des États membres où ce besoin se manifesterait. Dans la mesure où le fonctionnement du marché commun l'exigerait, il pourrait être remédié à la situation par un rapprochement des dispositions régissant les conditions générales des contrats » ⁴⁹⁴. Or, les raisons qui s'opposent encore aujourd'hui à l'élaboration d'un droit

⁴⁹⁴ - Exposé des motifs de la proposition de directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux, *Bull. CE*, supp. 11/76, point 20.

commun des contrats et qui se résument à une réticence des États membres à voir cette partie si spécifiquement nationale de leur droit être communautarisée, ont déjà été exposées. Elles ne manqueront pas de s'opposer de la même façon à l'harmonisation du contrat de vente. En conséquence, les grandes entreprises continueront à utiliser les dispositions de la convention de Vienne et les autres opérateurs économiques, consommateurs et PME, devront se contenter des dispositions transversales ou ponctuelles existantes. Pour la formation du contrat de vente, seuls les contractants ayant été soit démarchés à domicile, soit ayant conclu leur contrat à distance ou par voie électronique seront protégés. Concernant le contenu du contrat, les seuls consommateurs dans les seuls contrats d'adhésion se verront appliquer les règles de la directive sur les clauses abusives. Enfin concernant l'exécution du contrat, soit la directive sur la responsabilité des produits défectueux est applicable, ce qui est le signe d'un litige d'une importance assez grave, soit la seule garantie relative au défaut de conformité pourra leur venir en aide... pourvu qu'il s'agisse d'un consommateur et d'un bien entrant dans la catégorie des « bien de consommation ». On voit bien ici l'insuffisance de l'intervention communautaire.

203. Le second contrat qui nécessiterait une intervention du législateur communautaire est le contrat de crédit. La nécessité de l'intervention se révèle évidente au regard de la situation de faiblesse de l'emprunteur et de la complexité des opérations en cause, ce que démontre d'ailleurs la réglementation du crédit à la consommation et les différentes propositions de directives concernant notamment le crédit hypothécaire. Contrairement au contrat de vente, l'insuffisance de l'intervention communautaire est reconnue par les autorités elles-mêmes qui travaillent de façon continue pour faire évoluer le droit applicable aux opérations de crédit. Nous devons dans ce sens saluer l'adoption par la Commission d'une recommandation sur la base de l'article 211 du Traité concernant les contrats de « prêt au logement »⁴⁹⁵ et remarquer en même temps le caractère ultra spécialisé de ce texte qui ne vise que « l'information pré-contractuelle devant être fournie aux consommateurs » par les prêteurs offrant de tels prêts. Ce texte a sans doute pour vocation de pallier l'inexistence d'un texte général protégeant les consommateurs en matière de crédit immobilier.

204. Le contrat de bail pourrait peut-être justifier une réglementation au plan communautaire. La location d'appartement constitue une action de tous les jours, liée de façon claire à la libre circulation des personnes. Mais on touche là aux limites à l'extension de l'action communautaire en matière de contrats spéciaux. Car suivant cette logique, tous les contrats spéciaux pourraient justifier une action communautaire⁴⁹⁶, or les principes des compétences

⁴⁹⁵ - Recommandation de la Commission du 1^{er} mars 2001, notifiée sous le numéro C(2001) 477, 2001/193/CE.

⁴⁹⁶ - Les petits contrats, qui sont habituellement conclus à titre gratuit le sont de plus en plus à titre onéreux. Par exemple, alors qu'une partie de la doctrine refuse encore de l'admettre, le contrat de dépôt peut aussi être – et est de plus en plus souvent – un contrat à titre onéreux. Une rémunération peut être prévue au bénéfice du dépositaire. Le contrat devient alors un contrat synallagmatique, et, même si la rémunération ne constitue pas un élément essentiel du contrat, elle en modifie considérablement la nature. Les deux parties sont débitrices d'un certain nombre d'obligations : le dépositaire doit garder la chose, c'est-à-dire de mettre tout en œuvre

d'attribution, de subsidiarité de nécessité et de proportionnalité s'opposent manifestement à une telle extension des compétences. A côté de l'option quantitative, apparaît la nécessité d'une évolution qualitative. Et il semble bien qu'encore une fois le droit communautaire doive choisir entre élargissement et approfondissement.

B – Une nécessité d'une évolution qualitative : pour une approche systématique

205. Les insuffisances liées au caractère ponctuel de l'intervention du législateur communautaire sont unanimement reconnues. La Commission européenne les a récemment évoquées dans sa communication de juillet 2001. L'institution a affirmé que : « Le rapprochement de certains domaines spécifiques du droit des contrats au niveau communautaire a concerné un nombre croissant de sujet. Le législateur communautaire a suivi une approche sélective en adoptant des directives relatives à des contrats spécifiques ou à des techniques spécifiques de commercialisation lorsqu'un besoin particulier d'harmonisation se faisait sentir. A ce stade, la Commission européenne souhaite rassembler des informations sur la nécessité d'une action communautaire plus étendue en matière de droit des contrats, en particulier dans la mesure où la démarche ponctuelle ne serait pas en mesure de résoudre tous les problèmes qui peuvent se poser ». La Commission ajoute que « le législateur européen a suivi une démarche au coup par coup en matière d'harmonisation. Cette démarche, conjuguée avec les développements imprévus du marché, pourrait entraîner des incohérences dans l'application du droit communautaire ». Pour mieux nous éclairer sur ce risque d'incohérences, un exemple concret est donné par l'institution communautaire. Il s'agit du cas particulier où la directive, concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, trouve à s'appliquer en même temps que celle sur l'utilisation à temps partiel de biens immobiliers. L'hypothèse est tout à fait envisageable dans la mesure où, très souvent, les sociétés offrant des contrats de *timeshare* vont démarcher leurs clients dans les rues de certains hauts-lieux touristiques. Les deux textes prévoient un droit de rétractation au bénéfice du consommateur, mais le délai pendant lequel celui-ci peut exercer son droit est différent dans chacun des textes. Il est évident que de réelles complications peuvent se faire jour à ce propos. C'est cette absence de systématisme, cette incohérence potentielle des règles communautaires qui provoquent le scepticisme des observateurs du droit communautaire en matière contractuelle, qui évoquent le risque de « dé-harmonisation »⁴⁹⁷ et même de

pour conserver la chose, et le déposant est tenu au versement d'une rémunération. C'est le cas de la pratique des garde-meubles, garages surveillés et entrepôts. L'existence d'une rémunération accentuant obligatoirement la teneur des obligations du dépositaire, le dépôt à titre onéreux peut, en pratique, entraîner des questions particulières.

⁴⁹⁷ - VAN GERVEN (W.), Rapport introductif, in : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, sous la dir. de JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.), Economica, Paris, p. 4.

« désintégration »⁴⁹⁸. Ce phénomène redouté peut se résumer ainsi : le caractère ponctuel de l'intervention communautaire a pour effet que seuls certains domaines du droit national sont couverts par les actes communautaires ; dans ces domaines, la sécurité juridique est assurée, mais dans le même temps l'intervention communautaire crée une nouvelle disparité dans l'ordre juridique des États membres entre les règles couvrant des matières similaires dont les unes sont affectées et les autres non affectées par la directive ou le règlement concerné⁴⁹⁹. Le phénomène de « dé-harmonisation » est déjà en partie perceptible : le fait que les contrats à distance soient régis par le droit communautaire mais que, dans le même temps, les contrats à distance portant sur des services financiers ne le soient pas encore constitue une illustration du phénomène. Le contractant qui utilise les moyens de conclusion de contrat à distance sera protégé en règle générale mais ne le sera pas dans le domaine particulièrement dangereux des contrats financiers. Il existe un risque réel de généralisation de ce phénomène si aucune amélioration de la qualité de l'intervention communautaire n'intervient prochainement.

206. Les options pouvant pallier cette insuffisance sont de deux ordres. Tout d'abord, au vu de ce qui a été développé dans le présent chapitre, il semble indéniable que la quasi-totalité des problèmes liés à la diversité des régimes nationaux des contrats spéciaux pourraient être réglés par la construction d'un droit commun des contrats. En effet, hormis les questions qui touchent à des éléments spécifiques à certains contrats, l'insécurité juridique liée à la diversité des règles nationales applicables aux contrats spéciaux pourraient facilement être résolue par l'harmonisation des règles concernant la formation, la validité et l'exécution des dispositions contractuelles. La nécessité de la construction d'un véritable droit commun des contrats se trouve donc à nouveau posée.

207. Dans une optique largement plus modeste, et en ce sens probablement plus conforme au principe de subsidiarité, une extension de la réglementation des règles de protection du contractant le plus faible s'avère être une solution efficace. Or, la directive sur les clauses abusives constitue le seul instrument véritablement horizontal de l'ensemble des textes composant l'acquis communautaire en matière de droit des contrats. Une extension du domaine d'application de ce texte peut être envisagée si le but recherché est de compenser l'absence d'intervention systématique du législateur communautaire. Le consommateur n'est pas le seul contractant qui peut se retrouver en position d'infériorité. Le droit allemand pourrait inspirer les rédacteurs communautaires qui pourraient envisager d'étendre la protection contre les clauses abusives à tous les contractants, quitte à garder la limitation tenant aux contrats d'adhésion. Finalement cela reviendrait à protéger les contractants, quels qu'ils soient, dès lors qu'ils n'ont pas été en mesure de négocier les dispositions contractuelles

⁴⁹⁸ - JOERGES (C.), Desintegrative Effects of Legislative Harmonisation : A complex issue and a Small Example, in : *Private Law Adjudication in the European multi-level System*, Workshop at the European University Institut, Organised by JOERGES (C.) and CAMPANA (M.-J), 2 et 3 octobre 1998.

⁴⁹⁹ - VAN GERVEN (W.), Rapport introductif, *op. cit.*, p. 4.

et de laisser la liberté contractuelle gouverner les autres situations contractuelles. Et le développement de la législation consumériste d'origine communautaire, cesserait d'être critiqué par la doctrine. Aussi séduisante que paraisse cette solution elle ne semble pas correspondre à l'esprit du droit communautaire du contrat qui semble attaché à la protection de catégories définies de contractants. Il faudra donc chercher ailleurs une meilleure cohérence de l'action communautaire, mais cela risque de passer essentiellement par une augmentation quantitative des textes adoptés.

208. Le caractère ultra-spécialisé du droit communautaire suscite beaucoup de critiques de la part de la doctrine, particulièrement de la doctrine française. Pourtant le droit national des contrats subit aussi cette tendance générale à la spécialisation qui est la caractéristique du droit des contrats contemporain. L'exemple du droit français est significatif. Alors que dans le droit romain des contrats était essentiellement constitué par la réglementation des contrats spéciaux, et que l'existence du contrat, en tant que tel, n'était pas reconnue, le droit classique influencé en cela par les canonistes s'est formé autour de la théorie générale du contrat. Le Code civil de 1804 est donc marqué par une conception abstraite du contrat qui demeura jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle. Les contrats spéciaux ne sont alors conçus que comme des illustrations de la théorie générale. Seuls sont réglementées les grandes figures contractuelles : vente, prêt, bail... La situation s'est nettement inversée par la suite. Le droit des contrats a commencé à se spécialiser sous l'influence d'une intervention législative intense et les auteurs n'ont pas manqué de relever que le droit français des contrats s'est peu à peu caractérisé par son « hyperspécialité »⁵⁰⁰ ou sa « sur-spécialisation » constatant que « les contrats très spéciaux chassent les contrats spéciaux »⁵⁰¹. La doctrine a même dû reconnaître que le droit des contrats était devenu un droit passablement morcelé⁵⁰². Cette complexité du droit des contrats est le résultat de l'évolution des rapports économiques qui sont depuis les cinquante dernières années caractérisées par deux tendances dominantes : la technicité et la standardisation. Ces deux aspects contemporains des relations économiques ont largement contribué à la transformation des droits nationaux applicables aux relations contractuelles. Un observateur du droit français des contrats a même pu se demander si ce dernier « n'était pas complètement bouleversé »⁵⁰³. Alors que dans le passé les relations contractuelles étaient fondées sur des rapports de proximité et de confiance, les contrats se concluent actuellement entre personnes qui ne se connaissent pas et même qui ne se rencontrent pas. Par ailleurs le phénomène du déséquilibre des relations contractuelles qui passe entre autres par la généralisation des

⁵⁰⁰ - REMY (P.), La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chronique à la Revue trimestrielle de droit civil, in : *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, Paris, 1986, p. 105.

⁵⁰¹ - *Ibid*, p. 110.

⁵⁰² - BERLIOZ-HOUIN (B.) BERLIOZ (G.), Le droit des contrats face à l'évolution économique, in : *Etudes offertes à Roger Houin : problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, Paris, 1985, p. 33.

⁵⁰³ - *Ibid*, p. 3.

contrats d'adhésion, a lui aussi contribué à la multiplication des législations ponctuelles visant à protéger la partie qui se trouve dans l'impossibilité de négocier les clauses contractuelles. Une des illustrations les plus probantes réside dans l'étude de l'évolution du droit national applicable au contrat de vente. Si les dispositions unitaires du Code civil sont demeurées quasiment inchangées, le droit de la vente s'est quand même considérablement transformé sous l'influence de la jurisprudence mais aussi des législations transversales et notamment consuméristes. Les auteurs évoquent aujourd'hui un « éclatement du droit de la vente »⁵⁰⁴. Le doyen Carbonnier met en lumière le fait que « le droit de la vente s'est estompé dans l'actualité juridique au profit du consumérisme, d'un droit spécial de la protection des consommateurs »⁵⁰⁵ ce qui n'est contesté par personne. Plus révélateur encore, même avec cette augmentation de la masse des règles applicables, certains observateurs avertis ont pu affirmer, à propos de la réglementation française des contrats spéciaux, que « si l'on met à part la vente, qui fait l'objet d'une centaine d'articles dans le Code civil, cette réglementation apparaît souvent un peu lacunaire »⁵⁰⁶. Dans ces conditions le droit communautaire ne peut qu'être considéré comme le miroir de l'évolution générale du droit des contrats au plan national. Un miroir certes un peu grossissant mais dont le reflet est d'autant plus fidèle que le droit communautaire est encore essentiellement axé sur les relations économiques et sociales, et que se sont celles-ci qui ont commandé l'évolution du droit. Il semble alors difficile de reprocher au législateur communautaire une tendance qu'il se contente d'amplifier. Par ailleurs, comme le note fort justement le professeur Ghestin, « il est de la nature de la logique juridique que les lois nouvelles ne s'insèrent pas d'elles-mêmes dans un système cohérent propice à l'abstraction »⁵⁰⁷, dans ce cas c'est à la doctrine que revient la tâche de contribuer à « assurer la cohérence de l'évolution du droit positif »⁵⁰⁸.

209. Force est donc de constater que l'intervention communautaire en matière contractuelle s'apparente moins à un véritable droit des contrats comparable à ce qui existe en droit national, qu'à un corps de textes uniquement destinés à protéger la partie faible au contrat. Si l'on doit garder à l'esprit qu'un tel constat peut aussi être fait en ce qui concerne les droits nationaux, et typiquement le droit français, il faut convenir que les règles de répartition des compétences parviennent en réalité à maquiller l'absence d'une réelle volonté politique en faveur d'une intervention à la fois plus étendue et plus approfondie en matière contractuelle. Pourtant, un ensemble quantitativement important de dispositions forme ce que l'on peut déjà qualifier d'acquis communautaire en matière de contrat. Et, concernant cet « embryon » de droit communautaire des contrats, la question des compétences communautaires n'est pas la

⁵⁰⁴ - COLLART-DUTILLEUL (F.) DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., p. 39, n° 38.

⁵⁰⁵ - CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, LGDJ, Paris, 1988, p. 284.

⁵⁰⁶ - HUET (J.), *Traité de droit civil ; Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, Paris, 2^{ème} éd., 2001, p. 7.

⁵⁰⁷ - GHESTIN (J.), rapport introductif, in : *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986.

⁵⁰⁸ - *Ibid.*

seule à se poser. Celle de la nature de l'intervention des autorités communautaires se révèle être aussi importante.

CHAPITRE 2

LES INSTRUMENTS DE L'INTERVENTION COMMUNAUTAIRE

210. Tout comme les règles relatives à l'attribution et à l'exercice des compétences ont limité le domaine d'action des autorités communautaires en matière contractuelle, les dispositions matérielles du Traité ainsi que le principe de proportionnalité viennent restreindre celles-ci en ce qui concerne leurs méthodes d'intervention. En effet, outre la question du domaine d'intervention, la question que l'on doit se poser à propos des règles communautaires concernant le droit des contrats est celle de leur intensité. Ce droit est-il seulement incitatif ou revêt-il un caractère obligatoire ? Une telle question n'appelle pas une réponse univoque.

211. L'établissement d'une typologie des actes communautaires adoptés en matière contractuelle fait facilement apparaître une absence d'unité dans les instruments utilisés. Il y a d'abord une quinzaine de directives communautaires. Ainsi concernant les techniques particulières de conclusion des contrats, c'est la directive qui a été choisie. Les dispositions relatives aux contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, conclus à distance ou de façon électronique sont toutes contenues dans des directives fondées sur l'article 95 du Traité. Les contrats spécifiques qui sont abordés par le droit communautaire, les contrats de tourisme et de crédit, sont eux aussi saisis par l'intermédiaire de directives. Enfin, les contrats qui sont réglementés par l'intermédiaire d'une profession, comme le contrat d'agence ou d'assurance, font aussi l'objet de directives, prises sur un fondement multiple (articles 47§2, 55 et 95). Mais il est aussi possible de voir apparaître des recommandations en matière

contractuelle, cinq à ce jour. Celles-ci ont été prises dans les domaines des paiements électroniques, les systèmes de paiement, les transactions financières transfrontalières, les contrats négociés à distance et enfin les prêts au logement. Par contre, pour les contrats de franchise, distribution exclusive, sélective, licence de brevet, de savoir-faire, les contrats de sous-traitance ou de recherche et de développement, c'est un instrument spécifique prévu à l'article 81§3 qui a été utilisé : le règlement d'exemption. Plus de dix règlements ont ainsi été adoptés avant la récente réforme⁵⁰⁹. Notons, que très récemment, c'est par le biais d'une résolution du Conseil de l'Union européenne, que le droit communautaire a entrepris de protéger le consommateur, face au risque d'endettement⁵¹⁰. Il semble donc que les autorités communautaires aient cherché à adapter les instruments juridiques aux objectifs poursuivis, appliquant en cela les prescriptions du principe de proportionnalité. Si la typologie laisse croire en une apparente souplesse de l'intervention communautaire (Section 1), eu égard essentiellement à la préférence accordée à la directive au détriment du règlement, une étude plus approfondie de cet ensemble de règles fait ressortir sa réalité contraignante (Section 2).

Section 1

L'APPARENTE SOUPLESSE

DE L'INTERVENTION COMMUNAUTAIRE

212. Dans la palette des moyens juridiques mis à sa disposition par le Traité, le législateur communautaire a nettement marqué sa préférence pour les moins contraignants, comme la directive et la recommandation, au détriment du règlement. Ce choix semble à lui seul confirmer l'affirmation de la souplesse des dispositions communautaires adoptées en matière contractuelle. Il marque en tous cas le choix opéré par les autorités communautaires en faveur de l'harmonisation (§1) et même seulement de l'incitation (§2).

§1 - LE CHOIX DE L'HARMONISATION

213. Avant d'illustrer la volonté de souplesse affichée par les autorités communautaires en ce qui concerne le domaine contractuel, il convient de faire le point sur des notions centrales dans ce débat : celles d'harmonisation, d'unification et d'uniformisation (I). Seront ensuite établis la large prédominance des directives (II) et le principe de l'harmonisation minimale (III).

⁵⁰⁹ - Voir *infra*.

⁵¹⁰ - Résolution du 26 novembre 2001, relative au crédit et à l'endettement des consommateurs, 2001/C 364/01, JOCE du 20/12/2001, n° C-264, p. 1. Dans ce texte, le Conseil invite la Commission à poursuivre les efforts déjà entrepris en matière de prévention et d'information des consommateurs.

I - Les notions d'harmonisation, d'unification et d'uniformisation

214. Face à une situation de départ caractérisée par la disparité des législations nationales relatives aux contrats, les autorités communautaires disposent d'un choix concernant l'attitude à adopter. Elles peuvent décider d'éliminer de manière totale les différences qui existent entre ces législations, ou, au contraire, décider de réduire les différences les plus marquées, tout en laissant subsister les spécificités nationales. Il s'agit en fait de choisir entre la voie de l'unification et celle de l'harmonisation. La doctrine s'est beaucoup exprimée sur les notions d'harmonisation, de coordination, d'uniformisation et d'unification que ce soit de façon générale⁵¹¹ ou concernant spécialement le droit des contrats⁵¹². Les opinions des auteurs au sujet des différences entre ces notions ont fortement varié en fonction, notamment, de la grille d'analyse utilisée pour la comparaison de ces concepts. En effet, selon que l'on cherche à différencier ces notions au regard des dispositions expresses des Traités ou plus prosaïquement en fonction de l'objectif qu'elles poursuivent, la conclusion ne pourra être identique. Mais dans cette confusion sémantique, il est tout de même possible de dégager quelques grandes lignes. Tout d'abord, les notions de coordination et d'harmonisation sont souvent employées comme des synonymes. Ensuite, si les termes uniformisation et unification semblent proches, leur signification est réellement différente. Uniformiser c'est « rendre semblable ou équivalent ». Et qu'il s'agisse de l'adjectif ou du nom, le terme « uniforme » vise des choses ayant une apparence identique, or « les mêmes uniformes endossés n'impliquent pas l'identité des individus qui les portent... »⁵¹³. Ces questions dépassent largement le cadre de notre étude, nous nous en tiendrons donc à la distinction que nous percevons comme la plus tranchée, celle qui selon nous⁵¹⁴ correspond le mieux au choix que doivent opérer les autorités communautaires est celle qui existe entre harmonisation et unification, laissant toute la

⁵¹¹ - VANDER-ELST (R.), Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre de la Communauté économique européenne, in : *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1976, pp. 1-14.

⁵¹² - JEAMMAUD (A.), Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ?, in : *Vers un Code européen de la consommation*, Actes du colloque de Lyon des 12 et 13 décembre 1997, pp. 35-55.

⁵¹³ - VANDER-ELST (R.), Les notions de coordination, d'harmonisation..., *op. cit.*, p. 4.

⁵¹⁴ - Le professeur Delmas-Marty se focalise précisément sur cette distinction dans sa contribution à un ouvrage collectif consacré au droit des contrats. Voir : DELMAS-MARTY (M.), Le phénomène de l'harmonisation ; L'expérience contemporaine, in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, sous la dir. de JAMIN (C.) MAZEAUD (C.), Economica, Paris, pp. 23-35. Le professeur Jeammaud dans une contribution relative au droit communautaire de la consommation, consacre, quant à lui, les différences existant entre les notions d'uniformisation, harmonisation et unification. Dans ce triptyque, l'harmonisation est toujours opposée à l'unification. L'auteur affirme en effet : « harmonisation et uniformisation supposent l'une et l'autre, au contraire de l'unification, le maintien de la diversité formelle des droits nationaux dans les matières qui en font l'objet » puis « l'harmonisation se distingue, à la fois, de l'uniformisation et de l'unification en ce qu'elle n'aboutit pas à cette unité de teneur normative recherchée par l'uniformisation de certains segments des droits nationaux ou par l'adoption de règles de droit unique(s) ». Voir : JEAMMAUD (A.), Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ?, *op. cit.*, p. 47.

difficulté des sous distinctions aux spécialistes de la matière. Dans le vocabulaire usuel, unifier signifie « faire de plusieurs éléments une seule et même chose » alors qu'harmoniser, c'est « mettre en harmonie, en accord ». Et dans le contexte du droit communautaire il s'agit effectivement des deux types d'action qui s'opposent de la façon la plus flagrante. L'unification peut se définir comme « la substitution à des droits formellement distincts ou à des corps de règles de droits distincts, d'un droit unique ou d'un corps unique de dispositions »⁵¹⁵. Cette méthode ne semble acceptable que lorsque la synthèse entre les différents droits est réalisable, et au contraire se conçoit difficilement dans certains domaines complexes ou politiquement sensibles, dans lesquels une réduction des compétences nationales ne peut se faire que par étapes et avec un maximum de souplesse. Prenant l'exemple du droit pénal le professeur Delmas-Marty illustre parfaitement cette réalité et affirme que, dans le cas contraire, l'unification « conduit au risque d'un droit commun impérialiste ou hégémonique »⁵¹⁶. L'harmonisation au contraire consiste à rapprocher, autours de principes communs, les règles nationales qui par ailleurs peuvent rester différentes⁵¹⁷. Contrairement à l'unification, cela consiste en « la réalisation dans le respect de la pluralité des droits étatiques, d'une équivalence des règles nationales »⁵¹⁸. L'objectif est visiblement plus limité mais aussi plus réaliste et s'adresse selon certains auteurs, à qui « a perdu ses illusions sur l'unification du droit »⁵¹⁹. Cette voie s'impose lorsque la synthèse des droits nationaux est soit irréalisable soit inutile. Le choix opéré, qui est essentiellement fonction de la base juridique choisie, commande l'utilisation d'instruments juridiques différents.

II - La place prépondérante de la directive

215. Les autorités communautaires ont à leur disposition une palette d'instruments juridiques destinés à atteindre les objectifs des Traités. Un système assez diversifié découle de l'article 249 du Traité CE (ex-article 189). La nomenclature prévoit l'adoption de règlements, de directives, de recommandations et d'avis. Sans qu'il soit besoin de revenir sur les caractéristiques respectives du règlement et de la directive communautaire, il est possible de noter que si le règlement se présente comme un instrument législatif direct, la directive, en laissant les États libres des moyens à mettre en œuvre pour parvenir à l'objectif visé, représente un instrument de législation indirecte. Quant aux recommandations et avis, il s'agit

⁵¹⁵ - *Ibid.*, p. 39.

⁵¹⁶ - DELMAS-MARTY (M.), Le phénomène de l'harmonisation - L'expérience contemporaine, *op. cit.*, p. 29.

⁵¹⁷ - *Ibid.*, p. 28-29.

⁵¹⁸ - JEAMMAUD (A.), Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ?, *op. cit.*, p. 43.

⁵¹⁹ - TALLON (D.), L'harmonisation des règles de droit privé entre pays de droit civil et de common law, *RIDC*, 1990, p. 519.

d'instruments dépourvus de valeur obligatoire. Or, en matière contractuelle c'est précisément la directive qui détient la place prépondérante parmi les différents actes à la disposition des Communautés, puisque comme nous l'avons déjà indiqué, plus de quinze spécimens ont été adoptés. Si l'article 249 se borne à énoncer les différentes catégories d'actes sans préciser leur domaine d'application respectif, l'usage de chacun d'eux, par les autorités communautaires, ne résulte pas d'un choix discrétionnaire. Quelques rares dispositions imposent l'utilisation d'un acte déterminé : c'est le cas par exemple de l'article 89 du Traité CE (*ex* article 94) qui impose le règlement concernant les aides d'États⁵²⁰. Dans la plupart des cas, les dispositions du Traité s'abstiennent de mentionner la forme juridique des dispositions à prendre.

216. Toutefois, ce choix doit être guidé par le respect du principe de proportionnalité. Le choix entre les différents instruments juridiques à la disposition des institutions communautaires doit privilégier le « moyen le plus opérant et le moins contraignant »⁵²¹. Le protocole n°7 annexé au Traité d'Amsterdam précise que la forme de l'action communautaire doit être « aussi simple que le permettent la réalisation adéquate de l'objectif de la mesure et la nécessité d'une exécution efficace » et « toute chose égale par ailleurs, il convient de donner la préférence à des directives qu'à des règlements, et à des directives-cadres plutôt qu'à des mesures détaillées ». Le choix d'un instrument juridique et donc d'une méthode de réduction des disparités nationales doit donc se faire au regard de ce principe général du droit communautaire. L'exigence de proportionnalité peut donc facilement être opposée à l'élaboration d'un acte communautaire obligatoire, en raison du fait que l'objectif poursuivi, le bon fonctionnement du marché commun, pourrait probablement être atteint par des moyens moins contraignants.

217. La portée générale du règlement s'exprime dans l'établissement d'actes normatifs applicables à « des catégories envisagées abstraitement et dans leur ensemble »⁵²² et qui posent « de façon abstraite les conditions de leur application et formule[nt] les conséquences juridiques qui en découlent »⁵²³. Cette caractéristique apparente le règlement à la loi dans l'ordre interne ce que la CJCE a confirmé en affirmant que cet acte communautaire était « quasi-législatif »⁵²⁴. Cette généralité aurait parfaitement pu faire du règlement l'instrument idéal du droit communautaire des contrats. Dans la plupart des États membres les contrats sont

⁵²⁰ - Article 94 TCE : « Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre tous règlements utiles en vue de l'application des articles 92 et 93 et fixer notamment les conditions d'application de l'article 93, paragraphe 3, et les catégories d'aides qui sont dispensées de cette procédure ».

⁵²¹ - Protocole n°7 annexé au Traité d'Amsterdam.

⁵²² - CJCE, 14 décembre 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes c. Conseil*, aff 16 et 17/62, *Rec.*, p. 901.

⁵²³ - La définition a été donnée par la Cour en ce qui concerne les décisions générales : CJCE, 21 juin 1958, *Wirtschaftsvereinigung Eisen-Und Stahlindustrie c/ Haute autorité*, aff 13/57, *Rec.*, p. 261.

⁵²⁴ - CJCE, 20 mars 1959, *Nold c/ Haute autorité de la CECA*, aff 18/57, *Rec.*, p. 89.

régis par des actes de nature législative, y compris en droit anglais puisque à côté de la jurisprudence une loi a été adoptée. Mais les autres caractéristiques du règlement ont probablement dissuadé les autorités communautaires. Le règlement est obligatoire en tous ses éléments. On a pu affirmer pour cette raison qu'il est l'expression d'un « pouvoir normatif complet »⁵²⁵. En effet, contrairement à la directive qui ne lie les États que quant au résultat à atteindre, le règlement modifie de plein droit la situation juridique des sujets de droit communautaire⁵²⁶. En ajoutant à cela son caractère directement applicable, il est facile de mesurer l'étroitesse de la marge de manœuvre laissée aux États membres dans les domaines où un règlement a été adopté. C'est pour cette raison que l'on a pu affirmer que le règlement était une « source directe d'unification des législations »⁵²⁷ ou qu'il constitue « le moyen idéal d'unification du droit »⁵²⁸.

218. L'harmonisation des législations nationales, quant à elle, peut passer par certaines interdictions, comme celles des discriminations sur la nationalité ou celles des mesures d'effets équivalent aux restrictions quantitatives, c'est ce que l'on nomme « l'harmonisation négative ». Mais l'harmonisation s'effectue, le plus souvent, par le biais d'actes de droit dérivé, c'est l'aspect positif de l'harmonisation. En règle générale, l'instrument de l'harmonisation est la directive et c'est exceptionnellement que l'on a recours au règlement ou à la recommandation voire à des conventions internationales⁵²⁹. Comme l'affirme en effet, W. Van Gerven, ancien avocat général à la Cour, « alors que les règlements communautaires [...] produisent du droit unifié dans l'ordre national des États membres, les directives [...] mènent donc seulement à une harmonisation des règles nationales »⁵³⁰. L'article 249 (ancien 189) prévoit que « la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». C'est en raison de cette souplesse que la directive constitue l'instrument idéal de l'intervention communautaire dans les domaines de compétences non exclusives de celle-ci. Il s'agit aussi de l'instrument du rapprochement des législations. D'ailleurs l'article 94 habilite les autorités communautaires à prendre des mesures d'harmonisation exclusivement sous la forme de directive : « le Conseil statuant à l'unanimité [...] arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives... ». Par ailleurs, si l'article 95 laisse, quant à lui, la liberté du choix de l'instrument du rapprochement des législations, il peut s'agir aussi bien de règlement de directive ou de décision, la directive constitue l'instrument de droit commun pour l'article

⁵²⁵ - BOULOUIS (J.) CHEVALLIER (R.-M.), *Grands arrêts de la CJCE*, Sirey Paris, 1994, t. 1, p. 31.

⁵²⁶ - MASCLET (J.-C.), *Règlement, Répertoire communautaire*, Vol. 3, Dalloz.

⁵²⁷ - LOUIS (J.-V.), Le règlement, source directe d'unification des législations, in : *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 1976, p. 15.

⁵²⁸ - Harmonisation des législations, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, op. cit., p. 571.

⁵²⁹ - *Ibid.*

⁵³⁰ - VAN GERVEN (W.), Rapport introductif, in : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, sous la dir. de JAMIN (C.) MAZEAUD (D.), Economica, Paris, p. 3.

95. Celle-ci se présente comme l'instrument le plus approprié pour opérer un rapprochement normatif dans la mesure où la matière harmonisée ne devient pas totalement communautaire mais reste dans le domaine national. C'est la raison pour laquelle le professeur Kovar a pu écrire que « la directive a pour fonction essentielle d'être l'instrument du rapprochement des législations »⁵³¹. Les termes d'harmonisation et de rapprochement des législations semblent d'ailleurs être équivalents. Daniel Vignes, ancien Directeur du Service juridique du Conseil des Communautés européennes, a pu à ce propos affirmer : « Après avoir beaucoup écrit en la matière, nous nous demandons si ce n'est pas pour des raisons sémantiques que les auteurs du Traité de Rome ont utilisé les deux termes : selon les cas, l'un des deux sonne mieux. On n'aurait pas idée de parler de dispositions rapprochées alors qu'on parle aisément de dispositions harmonisées ; pour ceux qui n'aiment pas le vocabulaire trop imagé, rapprocher des législations semble à proscrire »⁵³².

219. Sans pour autant être totalement exclue⁵³³, l'adoption d'un règlement communautaire sur la base de l'article 95 est une question qui demeure très controversée, d'autant que dans l'Acte final de la conférence convoquée pour l'adoption de l'Acte unique européen, il a été affirmé que « la Commission privilégiera, dans ses propositions au titre de l'article 100A§1 le recours à l'instrument de la directive, si l'harmonisation comporte, dans un ou plusieurs États membres, une modification de dispositions législatives »⁵³⁴. Mais il ne faut pas pour autant être dupe. L'usage de la directive ne résulte pas uniquement du choix opéré par le législateur communautaire au bénéfice de la souplesse et du maintien de la diversité. L'adoption d'une directive est aussi assez souvent la conséquence de l'importance des disparités existant entre les législations nationales. C'est souvent la marque du réalisme juridique des institutions si, lorsque les droits nationaux se révèlent particulièrement différents, la directive se révèle l'instrument privilégié. Or, en matière contractuelle, les législations nationales sont justement marquées par de fortes différences.

220. D'après la typologie établie, on peut constater que la directive a servi à réglementer une grande partie des dispositions applicables aux contrats. Les techniques contractuelles jugées agressives ou dangereuses sont régies par des directives. Ainsi ce sont des directives qui ont été adoptées pour réglementer les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux ou à distance, mais aussi le commerce électronique et la question des signatures électroniques.

⁵³¹ - KOVAR (R.), *Ordre juridique communautaire*, JCL Europe, Fasc. n° 410, p. 15.

⁵³² - VIGNES (D.), *Le rapprochement des législations mérite-t-il encore son nom ?*, in : *L'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 533.

⁵³³ - Dans la mesure où celui-ci se révèle approprié et nécessaire pour le fonctionnement du marché intérieur, il est envisageable que les autorités communautaires puissent adopter un règlement en vue du rapprochement des législations. Il suffit pour s'en convaincre de citer le cas du règlement 1768/92 concernant la création d'un certificat complémentaire de protection pour les médicaments qui avait été fondé sur l'ancien article 100 A, et qui a été attaqué pour défaut de base juridique et que la CJCE n'a pas même contesté au regard de la possibilité d'adopter une directive.

⁵³⁴ - JOCE du 29 juin 1987, n° L-169 p. 24.

L'ensemble des contrats « très spéciaux » conclus par les consommateurs ont aussi fait l'objet de directives communautaires : c'est le cas des contrats dits de *timeshare*, de voyage à forfait, de crédit à la consommation. Il en va de même pour la réglementation des contrats d'agence ou d'assurance. Dans ces domaines où il s'agit de promouvoir le marché commun en protégeant la partie faible au contrat, l'objectif n'est donc pas d'aboutir à des législations nationales identiques mais simplement à des législations qui protègent de façon équivalente le contractant en position de faiblesse. Pour certains auteurs qui semblent le regretter, l'usage des directives ne permet d'opérer qu'une harmonisation « en surface »⁵³⁵ le résultat final n'étant, en conséquence, que partiellement obtenu. Les plus ardents partisans de la construction d'un véritable droit communautaire des contrats vont même jusqu'à affirmer qu'« une effective intégration culturelle ne se réalise que dans la mesure où les normes directement applicables sont en jeu, soit les dispositions du Traité de Rome, soit celles des règlements, c'est à dire des dispositions qui rendent les juristes nationaux conscients de leur vocation européenne. Ceci est *a priori* exclu en cas de rapprochement des législations au moyen de directives »⁵³⁶. Au contraire, pour d'autres comme le professeur Jamin, cette méthode présente l'avantage de « préserver, du moins dans une certaine mesure, les susceptibilités et les cultures nationales, tout en assurant la promotion d'un rapprochement entre les divers droits nationaux »⁵³⁷.

III - Le caractère « minimal » de l'harmonisation

221. Le choix d'un instrument d'harmonisation ne présuppose pas de l'intensité de celle-ci. La distinction entre unification et harmonisation, pour être réelle, n'en a pas moins des limites : l'adoption d'une directive pourrait parfaitement aboutir à une réelle unification des droits nationaux si la directive en question réalisait une harmonisation totale. Une harmonisation est dite « totale » lorsque la mesure communautaire impose des règles qui se substituent entièrement aux règles nationales existantes en la matière. Les États membres ne peuvent plus, dans le secteur réglementé, appliquer des règles nationales différentes, ni des règles plus strictes, ni des règles moins strictes que les règles communautaires⁵³⁸. « Aux antipodes de l'harmonisation complète se situe l'harmonisation minimale »⁵³⁹. Une harmonisation est dite minimale lorsque les autorités communautaires se contentent de fixer des prescriptions minimales à suivre et laisse les États libres d'adopter des mesures plus strictes⁵⁴⁰. Si l'harmonisation complète est courante dans les domaines de la santé et de la sécurité publiques, c'est la forme minimale qui prévaut dans les domaines social, environnemental et consumériste. En matière contractuelle, cette logique est respectée autant du point de vue formel que matériel. L'exemple de la directive concernant les clauses abusives

⁵³⁵ - WITZ (C.), Plaidoyer pour un code européen des obligations, *D.*, 2000, chron., p. 80.

⁵³⁶ - BASEDOW (J.), Un droit commun des contrats pour le marché commun, *RIDC*, 1, 1998, p. 9.

⁵³⁷ - JAMIN (C.), Un droit européen des contrats, in : *Le droit privé européen*, sous la dir. de DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), Economica, Paris, 1998, p. 43.

⁵³⁸ - Harmonisation des législations, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, op. cit., p. 574.

⁵³⁹ - *Commentaire article par article des Traités UE et CE*, sous la dir. de LEGER (P.), p. 923.

⁵⁴⁰ - *Ibid*, p. 924.

est significatif. Le principe de l'harmonisation minimale est formellement affirmé. Dès les considérants de la directive, il est en effet prévu que : « En l'état actuel des législations nationales, seule une harmonisation partielle est envisageable, [...] seules les clauses contractuelles n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle font l'objet de la présente directive ; qu'il importe de laisser la possibilité aux États membres, dans le respect du Traité, d'assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur au moyen de dispositions nationales plus strictes que celles de la présente directive »⁵⁴¹. Et de fait, l'article 8 indique que les États membres sont libres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus strictes afin de protéger les consommateurs. L'étude du contenu matériel du texte fait ressortir l'évidence du choix de l'harmonisation minimale car il existait, dès avant l'adoption de la directive, des lois nationales garantissant une protection plus élevée des consommateurs. La législation française en constitue un excellent exemple. Les autorités françaises ont quant même tenu à transposer la directive, malgré la thèse soutenue par certains auteurs selon laquelle la France n'avait pas à adopter de texte de transposition. De fait, il est certain que la transposition de la directive sur les clauses abusives a laissé subsister des disparités entre les différents droits nationaux. Les dispositions du Code français de la consommation sur les clauses abusives diffèrent encore réellement de celles du droit allemand des conditions générales qui s'applique aussi aux relations entre professionnels. C'est ainsi que certains auteurs ont vertement critiqué le contenu matériel de la directive communautaire. Le professeur Huet s'interrogeant sur le principe d'un niveau de protection élevé, s'exprime en ces termes : « Son contenu apparaît, à l'arrivée, assez peu protecteur des consommateurs, et guère contraignant pour les entreprises, tout comme pour les États membres ce qui ne peut, au demeurant, que nuire sensiblement à l'harmonisation pourtant recherchée au niveau européen. [...] Ceux qui déplorent que les rédacteurs de directives ne se limitent pas à fixer des objectifs généraux, en laissant aux États membres la plus grande latitude pour les aménager, en seront peut être satisfaits »⁵⁴². L'article 8 de la directive 90/314 concernant les voyages, vacances à forfait établit le même principe. Et l'on retrouve l'idée que l'intervention communautaire ne fait pas obstacle à ce que les États membres adoptent ou maintiennent des dispositions plus protectrices dans la directive sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (article 8), sur le crédit à la consommation (article 15).

222. La Cour de Justice des Communautés européennes s'est à plusieurs reprises penchée sur la question du caractère minimal des dispositions de ces directives et notamment dans le domaine du démarchage à domicile. Le premier arrêt à citer a été rendu avec dans l'affaire *Buet*, le 16 mai 1989⁵⁴³. La législation française interdisait purement et simplement le démarchage à domicile pour la vente de matériel pédagogique. Saisie dans le cadre d'un

⁵⁴¹ - Considérant n° 12 de la directive 93/13.

⁵⁴² - HUET (J.), *Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives*, *JCP*, 1994, E, n° 309.

⁵⁴³ - CJCE, 1 mai 1989, *Buet c/ Ministère public*, aff 382/87, *Rec.* p. 1235.

recours préjudiciel, la Cour a, dans un premier temps, reconnu que la législation tombait sous le coup de l'interdiction de l'article 30 du Traité, mais a ensuite considéré que le matériel pédagogique constituait un cas particulier. Il s'agissait en l'espèce de matériel d'apprentissage de la langue anglaise, importé de Grande-bretagne. La juridiction a affirmé que le consommateur de ce type de produit appartient à une catégorie particulièrement vulnérable de personne qui cherche à rattraper un retard de formation compromettant leur position sur le marché du travail et que, dans une telle situation, « l'achat irréfléchi » d'un matériel inadapté ou de mauvaise qualité est de nature à « provoquer chez l'acquéreur des effets préjudiciables autres et plus durables qu'une simple perte financière ». La Cour en a conclu que l'interdiction française constituait de ce fait un moyen adéquat et non disproportionné d'atteindre l'objectif recherché. Cette jurisprudence a été confirmée par l'arrêt *Di Pinto* qui concernait aussi les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux⁵⁴⁴. La loi française du 22 décembre 1972 sur le démarchage à domicile étendait la protection à des commerçants accomplissant des actes en vue de la vente de leur fonds de commerce. Or, le gérant d'une société qui publiait une revue comprenant des offres de ventes de fonds de commerce, démarchait des commerçants à leur domicile ou dans leur entreprise dans le but de leur faire conclure des contrats de publication. Les contrats qui étaient ainsi conclus ne remplissaient pas les conditions requises par la loi française de protection contre le démarchage à domicile, et pour cette raison Monsieur Di Pinto a été condamné par le Tribunal de grande instance de Paris. La Cour d'appel de Paris, saisie du litige, a posé à la CJCE la question de savoir si la loi française, protégeant des personnes qui n'entraient pas dans le champ d'application du texte européen était compatible avec le droit communautaire. La Cour a répondu que le fait, pour la loi française, d'être plus protectrice que la directive n'était pas en soi contraire au droit communautaire, confirmant ainsi la jurisprudence *Buet*.

223. L'ensemble des textes communautaires intervenus afin de protéger le contractant en position de faiblesse dans la relation contractuelle constitue donc seulement un socle minimum de droits que les États membres sont autorisés à augmenter. L'article 153 du Traité CE (ancien 129) introduit par le Traité de Maastricht reprend d'ailleurs le principe de l'harmonisation minimale puisque son paragraphe 3 dispose : « Les actions arrêtées en application du paragraphe 2 ne peuvent empêcher un Etat membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes. Ces mesures doivent être compatibles avec le présent traité. Elles sont notifiées à la Commission ». Et c'est donc logiquement que les directives adoptées par la suite, telles que la directive 97/7 concernant les contrats à distance, ou celle sur la vente et les garanties des biens de consommation contiennent aussi contiennent aussi une « clause minimale »⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ - CJCE, 14 mars 1991, *Di Pinto*, aff C-361/89, *Rec.* 1, p. 1189.

⁵⁴⁵ - Il est quand même intéressant de noter que dans un secteur particulier, la commercialisation à distance de services financiers, les institutions communautaires semblent préférer pour un degré d'harmonisation totale. Dans la proposition de directive concernant ce type de contrats, les États membres ne sont pas habilités à

224. D'autres directives contiennent des prescriptions optionnelles. L'article 17 de la directive concernant les agents commerciaux offre le choix aux États membres entre deux formes d'indemnisation de l'agent concernant la fin du contrat d'agence. Les États membres peuvent choisir entre l'octroi d'une indemnité ou la réparation du préjudice. Il convient de noter que l'existence de cette alternative est le résultat d'un compromis entre les solutions française et allemande. Le législateur communautaire n'étant pas parvenu à trancher entre ces deux modes d'indemnisation qui sont fortement ancrés dans les traditions respectives des États, a préféré laisser à ceux-ci la possibilité d'opérer eux-mêmes ce choix. L'existence de cette option trahit visiblement les difficultés rencontrées lors de l'harmonisation à cause de trop profondes disparités nationales, que l'on a préféré ne pas éliminer.

225. Si ces formes d'harmonisation ont le mérite de laisser subsister les spécificités des droits nationaux, elles n'en comportent pas moins des risques. Comme l'affirme Philippe Léger « l'harmonisation minimale est une forme inachevée d'intervention normative avec certains effets pervers »⁵⁴⁶. Au nombre de ces « effets pervers » l'avocat général vise l'existence, après la transposition de la directive, de disparités entre les législations nationales pouvant engendrer des restrictions de concurrence entre les États membres. Les autorités communautaires sont conscientes de cette conséquence liée au caractère minimal de l'harmonisation. Dans un arrêt rendu en matière agricole la Cour de Justice des Communautés européennes a effectivement reconnu le fait que les dispositions d'une directive peuvent laisser subsister certaines inégalités des conditions de concurrence. Mais elle a ajouté « ces conséquences résultent toutefois du degré d'harmonisation recherché par les dispositions en cause qui contiennent des prescriptions minimales »⁵⁴⁷.

La souplesse de l'intervention communautaire en matière contractuelle se révèle ailleurs que dans le choix d'accorder à la directive une place prépondérante. Elle se manifeste aussi dans le choix d'adopter des instruments à caractère purement incitatif.

§2 - LE CHOIX DE L'INCITATION

adopter ou à maintenir des mesures plus protectrices des consommateurs. Une telle disposition, exceptionnelle au sein des directives protectrices du consommateur, se justifie probablement au regard du risque de l'existence de disparités des législations nationales touchant à un secteur dans lequel les intérêts des consommateurs sont particulièrement en danger. Cette directive n'a toujours pas été adoptée à ce jour.

⁵⁴⁶ - Commentaire article par article des Traités UE et CE, *op. cit.*, p. 924.

⁵⁴⁷ - CJCE, 19 octobre 1995, *Hans Hönig*, aff C-128/94, *Rec.*, p. 3389. Voir aussi dans le même sens : *Arrêt Gallaher e.a.*, C-11/92, *Rec.*, p. 3545.

226. L'incitation est un autre mode d'action des autorités communautaires. En matière contractuelle, elle prend deux formes totalement différentes. Une forme classique d'incitation se retrouve dans l'usage de recommandation (I), une forme plus originale réside dans l'adoption d'un acte juridique tout à fait particulier : le règlement d'exemption par catégories (II).

I - La place des recommandations : entre proportionnalité, subsidiarité et réalisme juridique

227. Il est possible de s'interroger de façon générale sur l'efficacité respective des instruments obligatoires et non obligatoires à la disposition des autorités communautaires. Il semble que cette interrogation soit d'autant plus légitime compte tenu de la spécificité du domaine du droit des contrats. C'est d'ailleurs précisément dans ce contexte que le professeur Putman a pu formuler cette interrogation qui nous paraît essentielle: « Et si ce n'était pas, quoi qu'on en dise, sur le mode de l'impératif que le droit communautaire s'exprime le plus aisément ? »⁵⁴⁸. Il semble que ce soit cette idée d'efficacité accrue qui a poussé les autorités communautaires à favoriser l'autodiscipline dans certains domaines du droit contractuel. Pourtant il est difficile de croire au caractère définitif d'un tel choix, la place accordée aux recommandations dans le domaine du droit des contrats semble relever plus de la tactique juridique que d'un véritable souci de subsidiarité.

228. Conformément à l'article 249 du Traité CE, la recommandation est un instrument juridique qui n'impose pas à ses destinataires d'agir ou de légiférer selon les indications qu'elle propose. Cet acte est habituellement défini comme un instrument qui consiste en une manifestation de volonté émanant d'une institution communautaire et qui implique une invitation pour les États membres à adopter un comportement déterminé susceptible de favoriser le rapprochement des législations nationales⁵⁴⁹. Autrement dit, la recommandation apparaît comme « une incitation à l'adoption par les États membres de comportements ou de lignes de conduite par elle suggérée »⁵⁵⁰. Il convient de préciser que si les destinataires habituels des recommandations sont effectivement les États membres, il arrive que ce type

⁵⁴⁸ - PUTMAN (E.), L'incidence du droit communautaire en droit privé français, *RRJ*, 1997, n° 2, p. 439.

⁵⁴⁹ - SOLDATOS (P.) VANDERSANDEN (G.), La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne, in : *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, op. cit., p. 105.

⁵⁵⁰ - MEHDI (R.), Recommandation, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, op. cit., p. 903.

d'actes soit pris à l'intention d'entreprises privées. Il s'agit donc d'un instrument communautaire dépourvu de force obligatoire et certains auteurs en ont conclu que les recommandations « ne sont pas des sources de droit au sens complet du terme »⁵⁵¹. Pourtant la seule absence « d'obligation directement et immédiatement créées »⁵⁵² ne suffit pas pour enlever à un acte toute signification juridique, et comme l'affirme le professeur Mehdi, cette caractéristique n'est pas synonyme de « stérilité juridique »⁵⁵³, au contraire. Certains auteurs considèrent même que la recommandation constitue un instrument dont « la valeur essentielle réside dans ses effets indirects »⁵⁵⁴. En ce sens, le Tribunal de première instance des Communautés est allé jusqu'à affirmer que « le respect volontaire des actes non contraignants des institutions est un élément essentiel dans la réalisation des buts du Traité »⁵⁵⁵.

229. En matière contractuelle, les autorités communautaires ont eu à plusieurs reprises recours à la recommandation. C'est sous la forme d'une recommandation⁵⁵⁶ adressée « à tous les partenaires économiques concernés » qu'a été adopté le Code européen de bonne conduite en matière de paiements électroniques, dont l'objectif est de réglementer les relations entre les établissements financiers, les commerçants et les consommateurs. Concernant ensuite les systèmes de paiement et en particulier les relations entre titulaires et émetteurs de cartes, la Commission européenne avait d'abord élaboré plusieurs projets de directive et s'est finalement décidée à adopter la recommandation 88/590⁵⁵⁷. Ce texte s'adresse à la fois aux États membres et aux émetteurs de moyens de paiement et fournisseurs de système. Plus récemment une recommandation a été adoptée en ce qui concerne « l'information pré-contractuelle devant être fournie aux consommateurs par les prêteurs offrant des prêts au logement »⁵⁵⁸. Le texte a été pris sur le fondement de l'article 211 du Traité CE (ancien 155) qui invite la Commission européenne à adopter des recommandations « sur les matières qui font l'objet du présent Traité, si celui-ci le prévoit expressément ou si elle l'estime nécessaire ». Il apparaît donc clairement que les autorités communautaires n'ont adopté de recommandations que dans un secteur très particulier du droit des contrats. Ce domaine se situe à cheval entre le domaine des services financiers et celui des paiements électroniques. Il est donc légitime d'évoquer l'idée selon laquelle le choix d'une recommandation plutôt que d'un acte communautaire à portée obligatoire est lié à une absence de base juridique valable pour l'adoption d'un tel acte.

⁵⁵¹ - ISAAC (G.), *Traité instituant la CEE, commentaire article par article*, sous la dir. de CONSTANTINESCO (V.), JACQUE (J.-P.) SIMON (D.), Economica, Paris, 1992, p. 1185. HOUBEN (P.H.J.M.), *Les instruments du rapprochement des législations dans la CEE*, éd. de l'ULB, 1976, p. 98.

⁵⁵² - Selon l'expression du professeur Virally, voir : VIRALLY (M.), *La valeur juridique des recommandations des organisations internationales*, *AFDI*, 1956, pp. 66-96.

⁵⁵³ - MEHDI (R.), *Recommandation*, *op. cit.*, p. 904.

⁵⁵⁴ - SOLDATOS (P.) VANDERSANDEN (G.), *La recommandation, source indirecte...*, *op. cit.*, p. 101.

⁵⁵⁵ - TPI, 13 décembre 1990, *Nefarma c/ Commission*, aff T-113/89, *Rec. II*, p. 797, point 79.

⁵⁵⁶ - Recommandation 87/598, *JOCE* du 24/12 1987, n° L-365 p. 72.

⁵⁵⁷ - *JOCE* du 17/11/1988, n° L-317 p. 55.

⁵⁵⁸ - Recommandation de la Commission relative à l'information précontractuelle dans les contrats de « prêt au logement » passés avec un consommateur : recommandation du 1^{er} mars 2001, C(2001) 477, 2001/193/CE, *JOCE* n° L-69 du 10/03/2001 p. 25.

Pourtant, si la question des compétences communautaires était sérieuse concernant l'élaboration d'un droit commun des contrats ou la réglementation de certains contrats de la vie courante, l'intervention communautaire en matière de contrats portant sur des services financiers et les moyens de paiement ne semble pas poser de vrais problèmes. Il paraît en assez facile de prouver le lien entre la réglementation de ces domaines et le fonctionnement du marché intérieur. Plusieurs directives portant sur des services financiers ont d'ailleurs été adoptées sur cette base. Il est possible de citer la directive concernant les virements transfrontaliers⁵⁵⁹, celle concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres⁵⁶⁰ ou encore la directive concernant la lutte contre les retards de paiements dans les transactions commerciales⁵⁶¹ qui a pour fondement l'article 95 du Traité CE (ancien 100A). Par ailleurs, les dispositions du Traité relatives aux services ou à la politique de protection des consommateurs pourraient parfaitement servir de fondement à l'adoption de directives relatives aux clauses de certains contrats financiers. D'ailleurs, dans un domaine étranger aux services financiers mais intimement lié à la protection des consommateurs, les autorités communautaires ont opté pour une démarche originale. Concernant les contrats conclus à distance, le législateur européen a choisi de combiner un instrument obligatoire et un instrument purement incitatif. La recommandation du 7 avril 1992 a été adoptée afin d'établir des codes de conduite pour la protection des consommateurs⁵⁶² en même temps qu'était présentée une proposition de directive. Celle-ci a abouti à l'adoption de la directive du 20 mai 1997 concernant les contrats conclus à distance⁵⁶³. La question de la base juridique peut difficilement être invoquée ici pour justifier de l'adoption d'une recommandation. On peut donc penser que l'adoption de recommandation en matière de clauses contractuelles résulte d'une véritable option des autorités communautaires en faveur d'une efficacité et d'une subsidiarité accrue.

230. Néanmoins, l'analyse des actes communautaires adoptés en matière contractuelle fait apparaître que l'affection que portent les autorités communautaires à cet instrument non obligatoire qu'est la recommandation ne résulte pas d'une volonté réelle d'opter pour la forme incitative et ne soit au contraire qu'une solution ponctuelle ou transitoire. Il faut tout d'abord constater que plusieurs des actes récemment adoptés en matière financière et qui ont une incidence sur la rédaction des clauses contractuelles sont des directives. Citons la directive sur les virements transfrontaliers⁵⁶⁴ ainsi que la directive concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement⁵⁶⁵ et enfin celle concernant les retards de

⁵⁵⁹ - Directive 97/5, déjà citée, *JOCE* du 14/02/1997 n° L-43 p. 25.

⁵⁶⁰ - Directive 98/26, déjà citée, *JOCE* du 11/06/98, n° L-166 p. 45

⁵⁶¹ - Directive 2000/35, déjà citée, *JOCE* du 08/08/2000, n° L-200 p. 35.

⁵⁶² - Recommandation 92/295/CEE, *JOCE* du 10/06/92, n° L-156, p. 21.

⁵⁶³ - Directive 97/7, déjà citée.

⁵⁶⁴ - Directive 97/5, déjà citée.

⁵⁶⁵ - Directive 98/26, déjà citée.

paiement ⁵⁶⁶. Il semble que l'adoption de textes obligatoire demeure la voie privilégiée par le législateur communautaire. Concernant la directive précitée relative aux retards de paiement, il est révélateur de noter que celle-ci avait été précédée par l'adoption d'une recommandation. Constatant que « la situation ne s'est pas améliorée dans de nombreux États membres » depuis l'adoption de cet acte, les autorités communautaires ont opté pour la voie obligatoire.

231. Le débat concernant l'adoption d'un texte en matière de paiements transfrontaliers est sur ce point tout aussi révélateur. La première initiative prise par la Commission avait été prise sous la forme d'une recommandation concernant la transparence des conditions de banque applicables aux transactions financières transfrontalières ⁵⁶⁷. Un certain nombre de banques et de groupes de banques particuliers s'est efforcé de se plier aux exigences de ce texte. Pourtant la Commission a estimé qu'il fallait approfondir la réglementation applicable aux virements transfrontaliers et que, faute de progrès suffisant réalisé par le secteur bancaire sur une base volontaire, elle introduirait une proposition d'ordre normatif sous forme d'un instrument juridiquement contraignant ⁵⁶⁸. Le Comité économique et social s'est formellement déclaré contre l'adoption d'un tel acte. Dans son avis concernant la proposition de directive, rendu le 6 juillet 1994 ⁵⁶⁹ il a justifié son soutien à l'adoption d'un Code de bonne conduite. Après avoir salué les efforts déployés par la Commission pour améliorer la qualité des paiements transfrontaliers, le Comité a affirmé : « Une directive européenne qui prétendrait imposer des contraintes détaillées aux établissements de crédit pour leurs paiements transfrontaliers comporterait pour les consommateurs plus d'inconvénients que d'avantages. Il y a lieu de craindre, en effet, que bon nombre de ces établissements, surtout ceux de petite dimension, refusent carrément d'exécuter des ordres de paiements transfrontaliers parce qu'ils seraient dès le départ dans l'incapacité (ou n'auraient pas la volonté) de satisfaire aux obligations prescrites de façon détaillée dans la directive » ⁵⁷⁰. Il a ensuite précisé de façon subsidiaire, mais dans le même ordre d'idées, que : « Si la Commission devait décider de soumettre au Conseil une directive [...] elle devrait se limiter à réglementer certaines exigences minimales au niveau communautaire » ⁵⁷¹. Il semble en effet, qu'en matière de services financiers, les engagements pris par les prestataires de services, et particulièrement par les banquiers, devant les consommateurs puissent paradoxalement se révéler plus efficaces que l'adoption d'un acte contraignant. Il est par ailleurs possible de voir dans la multiplication des recommandations en matière de services financiers une application du principe de subsidiarité. Le principe suppose que les décisions soient prises au niveau le plus proche des citoyens dans un souci d'efficacité.

⁵⁶⁶ - Directive 2000/35, déjà citée.

⁵⁶⁷ - Recommandation 90/109, du 14 février 1990, concernant la transparence des conditions de banque applicables aux transactions financières transfrontalières, *JOCE* du 15/03/1990, n° L-67, pp. 39-43.

⁵⁶⁸ - Communication de la commission du 14 décembre 1993, SEC(93)1968, Transparence et qualité d'exécution des paiements transfrontaliers.

⁵⁶⁹ - 94/C 388/08, *JOCE* du 31/12/94, n° C-388 p. 32-41.

⁵⁷⁰ - *Ibid*, p. 37.

⁵⁷¹ - *Ibid*, p. 37.

Comme certains spécialistes ont pu l'affirmer : « au nom de la subsidiarité, il faut laisser sa place à l'établissement de règles du jeu qui sont d'ordre non réglementaire et non législatif, mais qui traduisent le consensus entre les parties intéressées, sous des formes correspondant à leur commune culture, à leur commun intérêts et à leur commune volonté » ⁵⁷².

232. Le principe de proportionnalité qui suppose qu'à efficacité égale le législateur communautaire opte pour l'acte le moins contraignant pourrait aussi être invoqué pour justifier l'adoption d'une recommandation. Or, c'est bien une directive qui a été adoptée le 27 janvier 1997 concernant les virements transfrontaliers. Il semble donc que les autorités communautaires ne soient pas pleinement convaincues des mérites de l'autodiscipline et qu'elles craignent comme certains auteurs « de voir fleurir des codes de bonne conduite divergents voire totalement opposés d'un pays à l'autre s'ajoutant aux disparités de mesures législatives ou réglementaires prises dans l'intérêt des consommateurs ? » ⁵⁷³.

233. Par ailleurs, il semble que l'adoption d'une recommandation intervient parfois face à des difficultés trop importantes pour adopter un instrument juridique obligatoire. Le cas de la recommandation concernant les informations pré-contractuelles en matière de prêt au logement est significatif du réalisme des institutions européennes. En matière de crédit immobilier, les spécificités des législations nationales sont profondément marquées. Ainsi par exemple en Allemagne le remboursement anticipé d'un tel crédit est impossible avant un certain nombre d'années. Aucune directive n'ayant pour cette raison pu être adoptée concernant les crédits que l'on nomme « hypothécaires », c'est par la voie incitative que les autorités communautaires ont décidé de protéger le consommateur européen. Mais il faut remarquer que le texte de la recommandation prévoit lui-même la possibilité d'adoption d'une directive. Le septième point des dispositions introductives du texte dispose : « La Commission veillera au respect de la présente recommandation et elle en évaluera l'efficacité. En cas de respect insuffisant, elle déterminera s'il convient ou non de proposer des mesures législatives contraignantes ». C'est ce qui a été fait pour les retards de paiement. La menace d'adoption d'un acte juridique plus contraignant apparaît vraisemblablement aux yeux de l'institution européenne comme un moyen de faire appliquer de façon volontaire un acte non contraignant. Il s'agit peut être aussi d'une façon de justifier *a priori* l'adoption d'une future directive se fondant sur l'insuffisante efficacité de la recommandation et en invoquant le plein respect des principes de proportionnalité et de subsidiarité. Il semble donc que l'adoption de recommandation en matière contractuelle relève moins d'une volonté déterminée de souplesse que d'une véritable tactique législative. D'ailleurs certains auteurs considèrent justement que l'essence de la recommandation est d'orienter « une discussion de réforme vers des principes

⁵⁷² - CORNUT (C.) BENOIN (G.), Priorité au dialogue entre banquiers et consommateurs, *RAE*, n°3, 1994, p. 12.

⁵⁷³ - ROTHMANN (J.M.), La vente à distance, in : *Vers un code européen de la consommation; codification, unification et harmonisation du droit des Etats membres de l'Union européenne*, sous la dir. de OSMAN (F.), Actes et débats du colloque de Lyon 12 et 13 décembre 1997, Bruylant, Bruxelles, 1998, 421 p.

susceptibles de se cristalliser ultérieurement en dispositions contraignantes de directives »⁵⁷⁴. Les considérants de la recommandation adoptée en matière de paiements électroniques font apparaître le caractère temporaire du choix de la recommandation. Il est affirmé « vouloir définir dès à présent, au niveau communautaire, de manière rigide et détaillée le fonctionnement de systèmes en pleine mutation, risquerait de conduire à l'établissement de règles rapidement périmées constituant même des freins au développement électronique ». C'est donc parce qu'il s'agit d'un secteur en pleine mutation que la voie incitative a été privilégiée en ce qui concerne le domaine des services financiers et de paiements électroniques. La souplesse de cet instrument doit permettre une adaptation plus facile aux évolutions des nouvelles technologies mais n'empêche pas le législateur communautaire d'intervenir par la suite par la voie obligatoire.

234. Il résulte de ce qui précède que l'adoption de recommandations afin de régir certaines clauses contractuelles résulte moins d'une volonté farouche de garantir le respect des principes de proportionnalité et de subsidiarité que du fait qu'une intervention par voie d'acte obligatoire semble prématurée, soit parce qu'il s'agit de matières politiquement sensibles, soit parce qu'il s'agit de domaines nouveaux où les projets de réforme ne sont guère prévisibles⁵⁷⁵. Des difficultés liées à l'adoption d'un acte obligatoire, soit parce que le domaine en question est encore en mutation soit que les disparités nationales sont trop importantes. D'ailleurs il est possible de remarquer que la formulation des recommandations, leurs procédures d'adoption comprennent souvent un exposé des motifs et des consultations préalables qui les rapprochent considérablement des directives. La volonté de souplesse n'en est pas moins absente de l'esprit des autorités communautaires, mais elle revêt simplement un caractère conjoncturel. Il en va tout autrement en ce qui concerne la réglementation des contrats par le biais de règlements d'exemption.

II - L'adoption de règlements d'exemption

235. Aucune disposition des Traités communautaires ne prévoit ni l'harmonisation ni l'unification des règles applicables aux contrats entre entreprises. En vertu du paragraphe 1 de l'article 81 du Traité (ex article 85), sont interdits, au regard du droit communautaire, certains accords entre entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Selon le paragraphe 2 de ce même article, les

⁵⁷⁴ - BOURGOIGNIE (T.), Vers un droit européen de la consommation ? Possibilité et limites, *RTDE*, 1982, 1, p. 31.

⁵⁷⁵ - SANSON-HERMITTE (M.-A.), La notion de source de droit à l'épreuve du droit communautaire de la concurrence, in : *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 308.

accords en question sont nuls de plein droit, sauf si les dispositions du paragraphe 1 ont été déclarées inapplicables par la Commission en vertu du paragraphe 3. La Commission peut en effet, en vertu de ce dernier paragraphe, prendre une décision d'inapplicabilité soit sous la forme d'une décision individuelle, soit sous la forme d'un règlement d'exemption par catégories en vertu de l'article 1^{er} du règlement 19/65⁵⁷⁶.

236. Le règlement d'exemption par catégories doit être considéré comme une mesure d'incitation à l'égard des entreprises qui envisagent de conclure des accords susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 81 paragraphe 1. Il ne s'agit pas d'acte contraignant puisqu'en aucun cas un règlement d'exemption n'a pour effet automatique de rendre nul un accord qui ne remplit pas les conditions qu'il édicte. La Cour de Justice des Communautés européennes a eu l'occasion d'affirmer ce caractère incitatif. Dans un premier arrêt rendu en 1966⁵⁷⁷ elle a d'abord précisé que la définition de catégories par les règlements d'exemption ne constituait qu'un « cadre » dont il convient de garder à l'esprit le caractère relatif. Cette relativité des règlements d'exemption signifie, d'une part, que tous les accords entrant dans la catégorie visée ne sont pas passibles de l'interdiction et que, d'autre part, un accord relevant de la catégorie exemptée, mais ne répondant pas à toutes les conditions de ladite définition ne tombe pas nécessairement sous le coup de l'interdiction. La Cour résume ces principes en affirmant « l'octroi d'une exemption par catégories ne saurait donc comporter quelque préjugé que ce soit, fût-ce implicitement, à l'encontre d'aucun accord individuellement considéré »⁵⁷⁸. Mais c'est dans un arrêt du 18 décembre 1986⁵⁷⁹ que la Cour a clairement affirmé la nature incitative du règlement d'exemption. Dans cet arrêt rendu sur question préjudicielle dans le cadre d'un litige concernant le règlement d'exemption 123/85 relatif aux accords de distribution et de service de vente et d'après vente de véhicules automobiles, la juridiction communautaire a indiqué que le règlement visé se bornait à donner aux opérateurs économiques du secteur automobile la possibilité de faire échapper les accords d'exclusivité qu'ils concluent à l'interdiction de l'article 85§3 (article 81 actuel). Elle a ajouté « Les dispositions du règlement 123/85 n'imposent toutefois pas aux opérateurs économiques de faire usage de ces possibilités ». La Cour a conclu ainsi son arrêt : « Le règlement 123/85 [...] n'établit pas de prescriptions contraignantes affectant directement la validité ou le contenu de clauses contractuelles ou obligeant les parties contractantes à adapter le contenu de leur contrat, mais se limite à établir des conditions qui, si elles sont remplies, font échapper certaines clauses contractuelles à l'interdiction et par conséquent à la nullité de plein droit prévues par l'article 85, paragraphe 1 et 2, du Traité CEE ». Les règlements d'exemption adoptés par la Commission n'ont en aucun cas pour effet de modifier le contenu des contrats

⁵⁷⁶ - Règlement 19/65, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 85§3 du Traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées, *JOCE* du 6/03/1965, n° L-36, pp. 533-535.

⁵⁷⁷ - CJCE, 13 juillet 1966, *République italienne c. Conseil et Commission européenne*, aff 32-65, *Rec.* p. 565.

⁵⁷⁸ - *Ibid.*, p. 590.

⁵⁷⁹ - CJCE, 18 décembre 1986, *VAG France SA c. Etablissements Magne SA*, aff 10/86, *Rec.* p. 4071.

conclus par les entreprises, et ne permettent pas, en conséquence, à l'une des parties à exiger de l'autre qu'elle adapte les clauses contractuelles aux dispositions du règlement applicable. Les lignes directrices de la jurisprudence de la CJCE ont été consacrées par la Cour de cassation française qui condamne fermement les décisions exigeant une adaptation des contrats conclus aux règlements d'exemption⁵⁸⁰. Il semble donc que l'on puisse affirmer que si ces règlements exercent une influence sur le contenu de ce type de contrats c'est seulement par la voie incitative. Tout comme les recommandations incitent leurs destinataires à agir dans le sens donné par les institutions européennes, les règlements d'exemption par catégories, sans établir de prescriptions contraignantes influencent le comportement des opérateurs économiques intervenant notamment dans le secteur de la distribution. Il n'est pourtant pas possible de s'en tenir à cette analyse formelle et force est de constater qu'en réalité l'intervention communautaire revêt un caractère particulièrement contraignant.

Section 2

LA RÉALITÉ CONTRAIGNANTE

DE L'INTERVENTION COMMUNAUTAIRE

237. Le droit communautaire des contrats, s'il existe, est-il un droit non coercitif ? C'est ce qui semble ressortir de la prédominance des directives sur les règlements, du principe de l'harmonisation minimale ainsi que de l'adoption récurrente de recommandations et autres codes de bonne conduite dans ce domaine. Une telle analyse méconnaît totalement la réalité des instruments communautaires adoptés pour régir le droit des contrats. D'abord parce que les stipulations des contrats conclus entre entreprises, elles, sont véritablement unifiées par l'intermédiaire des règlements d'exemption par catégories (§1). Ensuite, parce que les directives communautaires sous leur apparente souplesse se révèlent être de vrais instruments de contrainte vis-à-vis des parties contractantes elles-mêmes (§2).

§1 - L'UNIFICATION DES STIPULATIONS CONTRACTUELLES PAR LES RÈGLEMENTS D'EXEMPTION

238. Si les règlements d'exemption par catégories étaient réellement des instruments exclusivement incitatifs, on ne devrait pouvoir dire à propos des règlements 123/85 et 1475/95

⁵⁸⁰ - Voir par exemple : Cass. Com., 9 novembre 1993, *Bull. civ. IV*, n° 386.

qu'ils constituent la « charte » de la distribution automobile. Or, c'est précisément en ces termes que se trouvent régulièrement présentés les textes relatifs aux contrats de distribution de véhicules automobiles⁵⁸¹. De façon plus générale, les différents règlements adoptés sur la base de l'article 81§3⁵⁸² ont généralement été analysés comme opérant une unification des contrats spéciaux entre entreprises à travers la définition de véritables « contrats-type ». Ce caractère trop contraignant et le risque d'asphyxie ayant été dénoncés par de nombreux opérateurs économiques, les autorités communautaires ont décidé d'adopter une nouvelle approche en matière d'exemption.

239. Quelle est la nature juridique des règlements d'exemption ? C'est la première question qu'il convient de se poser pour aborder le caractère contraignant de cet instrument au regard des contrats qui y sont soumis. Un règlement d'exemption est un règlement adopté, contrairement au règlement de droit commun qui sont adoptés par le Conseil, par la Commission. L'article 211 du Traité CE (ancien article 155) prévoit que la Commission européenne « exerce les compétences que le Conseil lui confère pour l'exécution des règles qu'il établit ». La Commission ne dispose donc pas dans ce domaine de pouvoirs propres et, en conséquence, c'est le Conseil qui habilite la Commission à adopter un règlement d'exemption, même si en pratique les règlements d'habilitation du Conseil sont proposés par la Commission en vertu de sa solide connaissance des conditions de concurrence. Cette habilitation a été donnée par l'intermédiaire de plusieurs règlements. Le règlement d'habilitation le plus utilisé est sans doute le règlement 19/65⁵⁸³ qui concerne les accords dits « verticaux ». C'est sur la base de ce texte qu'a d'abord été adopté le règlement 67/67 qui visait les accords d'exclusivité d'achat et de distribution qui a ensuite été remplacé par deux règlements distincts : les fameux règlements 1983 et 1984/83. Mais ce règlement d'habilitation a aussi permis l'adoption du règlement concernant les accords de franchise⁵⁸⁴ et ceux concernant la distribution automobile⁵⁸⁵ et les accords relatifs aux transferts de technologies⁵⁸⁶. Le Conseil a habilité la Commission à exempter certains accords de coopération entre entreprises par le règlement 2821/71 en date du 20 décembre 1971⁵⁸⁷. Sur cette base, la Commission a adopté les règlements relatifs aux accords de spécialisation et de recherche et développement. Afin de refléter la réalité des règlements d'exemption, d'analyser d'abord l'édition de « contrats-

⁵⁸¹ - VOGEL (L.), La distribution automobile à l'épreuve du règlement d'exemption 123/85, *DPCI*, 1992, Tome 18, n° 4, p. 577.

⁵⁸² - Il convient aussi de constater une certaine généralisation des décisions individuelles d'exemption. C'est en matière de distribution sélective, mode de distribution qui ne fait pas l'objet d'un règlement d'exemption par catégorie, que l'on constate une dérive contraignante des décisions individuelles. Censées revêtir un caractère relatif, ces décisions se voient appliquées de manière répétitive par la Commission, jusqu'à créer une sorte de « jurisprudence » qui affecte leur nature juridique.

⁵⁸³ - Déjà cité.

⁵⁸⁴ - Règlement 4087/88 déjà cité.

⁵⁸⁵ - Règlements 123/85 puis 1475/95 déjà cités.

⁵⁸⁶ - Règlements déjà cités : « brevets » 2349/84, « savoir-faire » 556/89, puis le règlement commun 240/96.

⁵⁸⁷ - *JOCE* du 29/12/71, n° L-285.

type » à laquelle aboutissaient les règlements « ancienne formule » (I) avant d'envisager la récente mutation de ces règlements (II).

I - L'édiction de « contrats-types » par les règlements « ancienne formule »

240. Comment de tels instruments, *a priori* non contraignants, parviennent à exercer une influence aussi marquée sur le contenu des contrats conclus en matière commerciale ? Pour le comprendre, il faut commencer par une étude de la structure des règlements d'exemption (A), qui seule permet de déterminer dans quelle mesure cet instrument peut, en pratique, constituer une « matrice contractuelle »⁵⁸⁸ dans le domaine des contrats entre entreprises (B), s'éloignant ainsi considérablement de sa vocation incitative.

A - La structure des règlements d'exemption par catégories

241. Les règlements d'exemption par catégories « ancienne formule » revêtent dans l'ensemble une structure comparable. Beaucoup d'auteurs évoquent la fameuse distinction entre clauses « blanches » qui représentent les clauses non restrictives de concurrence et donc autorisées, les clauses « noires » qui sont strictement interdites et les clauses « grises » exemptables. Selon nous, cette présentation imagée ne reflète pas parfaitement la réalité, un peu plus complexe, de la structure des règlements d'exemption par catégories.

242. Tout d'abord, certaines clauses sont présentées comme étant nécessaires à l'exemption et n'entrent pas dans la catégorie des clauses blanches, noires ou grises. Il s'agit de clauses que l'on peut dire « obligatoires », dont la présence dans un accord est indispensable pour que les entreprises contractantes puissent bénéficier de l'exemption. Il convient de ne pas confondre l'énumération des clauses qui caractérisent le contrat en cause et celles qui, sans être des éléments constitutifs de la définition, doivent figurer obligatoirement au contrat. Les premières figurent en règle générale à l'article 1^{er} des différents règlements⁵⁸⁹ et ont permis au droit communautaire d'apporter une définition juridique à un contrat né de la pratique commerciale. L'article 1^{er} du règlement 1475/95 concernant la distribution automobile vise ainsi « les accords [...] dans lesquels une partie à l'accord s'engage vis-à-vis de l'autre à ne livrer, à l'intérieur d'une partie définie du marché commun : que à celle-ci, ou que, à celle-ci et à un nombre déterminé d'entreprises du réseau de distribution, dans le but de la revente des

⁵⁸⁸ - ANTONMATTEI (P.-H.) RAYNARD (J.), *Droit civil, contrats spéciaux*, op. cit., p. 50

⁵⁸⁹ - Article 6 du règlement 1984/83 pour ce qui est des contrats de bière et article 10 du même règlement pour ce qui concerne les contrats de station service règlement 1984/83.

véhicules automobiles neufs déterminés à trois roues ou plus destinés à être utilisés sur la voie publique, et en liaison avec ceux-ci, leurs pièces de rechange ». Ce type de disposition ne prévoit pas le caractère obligatoire de certaines clauses mais se contente de donner une définition du contrat de distribution automobile à travers les obligations caractéristiques des parties. Les clauses que l'on dit « obligatoires » sont généralement introduites par la proposition suivante : « l'exemption n'est acquise qu'à condition... ». C'est ainsi que l'article 5 du règlement 1475/95 prévoit que l'accord doit comprendre l'engagement du distributeur à assurer l'entretien des véhicules vendus par une autre entreprise du réseau ou impose encore une durée minimale du contrat. Pour que deux entreprises qui concluent un accord portant sur la distribution de véhicules automobiles voient cet accord exempté, elles devront obligatoirement inclure dans celui-ci l'ensemble des clauses prévues à l'article 5 du règlement 1475. De la même façon, le règlement 4087/88 relatif aux accords de franchise indique dans son article 4 que, pour prétendre être exempté, un accord doit impérativement laisser la possibilité au franchisé de se livrer à des importations parallèles et doit imposer à celui-ci, entre autres, d'indiquer sa qualité de commerçant indépendant.

243. Tous les règlements contiennent, ensuite, une liste de clauses contractuelles interdites⁵⁹⁰. Ces « clauses noires » sont introduites par la phrase suivante : « L'exemption prévue ne s'applique pas lorsque... ». Cette liste peut être plus ou moins longue en fonction des règlements et logiquement la longueur de cette liste donne une indication claire sur la volonté communautaire d'encadrer de manière plus ou moins stricte les accords en cause. Il s'agit des clauses prévoyant des obligations constituant des atteintes à la concurrence, inadmissibles au regard du droit communautaire. Les clauses prévoyant un prix imposé sont typiques des clauses considérées comme particulièrement nocives pour la concurrence communautaire et relèvent donc toujours des clauses interdites.

244. Alors que l'existence de clauses obligatoires et de clauses interdites devrait suffire pour réguler de façon satisfaisante la concurrence, les règlements d'exemption comportent aussi des dispositions relatives à d'autres clauses contractuelles. Sont tout d'abord prévues les clauses initialement restrictives de concurrence mais exemptées sur le fondement de l'article 81§3. Or si l'exemption est accordée, c'est le plus souvent dans d'étroites limites, ce qui restreint d'autant plus la liberté contractuelle des parties. Mais les règlements vont plus loin encore en contenant une liste des clauses non restrictives de concurrence, les fameuses clauses « blanches ». Ces clauses, dont il est reconnu qu'elles ne restreignent pas en principe la concurrence, ne devraient donc pas figurer dans les règlements d'exemption qui sont censé être consacrés aux dispositions contractuelles restrictives de concurrence mais répondant aux conditions de l'article 81§3. Pourtant la liste des clauses non restrictives de concurrence est

⁵⁹⁰ - A titre d'illustration : article 5 du règlement 4087/88 (franchise) ; article 6 du règlement 1475/85 (distribution automobile).

prévue par les règlements d'exemption « ancienne formule », concourant à faire de ceux-ci de véritables contrats-type s'imposant aux acteurs économiques ⁵⁹¹.

245. A travers un tel dédale de dispositions, il semble que toutes les clauses possibles ont été envisagées par l'autorité communautaire à tel point qu'il n'existe pas de clause non prévue par les règlements d'exemption. Pourtant, l'insertion de ces clauses hypothétiques a été envisagée par la Commission. L'article 6§1-3 du règlement concernant la distribution automobile dispose que l'exemption ne s'applique pas dès lors que « [...] les parties conviennent de restrictions de concurrence qui ne sont pas expressément exemptées par le présent règlement ». Il paraît difficile de faire plus contraignant. Dans le même sens, le règlement 151/93 du 23 décembre 1992 a ajouté un article 2 *bis* au règlement 417/85 applicable en matière d'accords de spécialisation. Cet article prévoit : « L'article 1^{er} [l'exemption] ne s'applique pas lorsque d'autres restrictions de concurrence que celles énoncées aux paragraphes 1 et 2 sont imposées aux cocontractants par voie d'accord, de décision ou de pratique concertée ». D'autres règlements contiennent le même principe même s'il est contenu dans des formulations plus implicites, du type « il ne peut être imposé aucune autre restriction de concurrence que... » ⁵⁹². Cette exclusion du bénéfice de l'exemption à toute clause contractuelle non expressément prévue par le règlement constitue, sans nul doute, la preuve de la volonté des rédacteurs de faire de celui-ci un contrat-type. Il convient par ailleurs de remarquer que concernant les règlements d'exemption, ce n'est pas le mode prohibitif représenté par les fameuses clauses noires qui est le plus rigoureux. Le glissement de l'incitation vers la détermination autoritaire du contenu contractuel, semble davantage opéré par l'intermédiaire des clauses « grises » et « blanches » contenues dans les différents règlements.

B - La transformation d'un instrument incitatif en « matrice contractuelle »

246. Les expressions décrivant l'influence exercée par les différents règlements d'exemption sur le contenu des contrats entre entreprises sont aussi variées qu'elles sont représentatives. Certains auteurs, nous l'avons vu, parlent de véritables « matrices contractuelles » ⁵⁹³, d'autres évoquent la constitution de « contrats-types » ⁵⁹⁴ tandis que certains emploient l'expression de « prêt à porter réglementaire » ⁵⁹⁵. Il apparaît effectivement, que contrairement aux directives adoptées dans le domaine contractuel, les règlements d'exemption n'unifient pas plus qu'ils

⁵⁹¹ - IDOT (L.), La régulation communautaire des réseaux de distribution, *PA*, 6 mars 1996, p. 39, n° 27.

⁵⁹² - Voir par exemple l'article 2 des règlements 1983/83 et 1984/83.

⁵⁹³ - ANTONMATTEI RAYNARD, *Droit civil, contrats spéciaux, op. cit.*, n° 45.

⁵⁹⁴ - Cette expression est sans aucun doute la plus employée : BEHAR-TOUCHAIS (M.) VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, Paris, 1999, n° 1026 et 1030.

⁵⁹⁵ - GASTINEL (E.), La procédure d'opposition et franchises communautaires en droit communautaire des ententes, *RTDE*, 1992, p. 470.

n'harmonisent les droits nationaux applicables aux contrats mais exercent leur influence sur les contrats eux-mêmes. C'est un fait remarquable : le droit communautaire parvient à opérer une véritable unification des dispositions contractuelles sans passer par le prisme de l'harmonisation des législations nationales applicables à ces dernières. C'est sans doute pour cette raison que la Commission européenne dans sa communication relative au droit européen des contrats⁵⁹⁶ ignore totalement l'ensemble des règlements d'exemption par catégories. En effet l'annexe I qui est consacrée à « l'acquis communautaire important dans le domaine du droit privé », ne fait à aucun moment référence à ces instruments et se concentre uniquement sur l'ensemble de directives qui exercent une influence sur les droits nationaux applicables aux contrats. Alors comment se peut-il que le droit communautaire touche les contrats eux-mêmes sans procéder à une harmonisation des législations nationales ? Le procédé est simple et s'apparente, selon certains, à une sorte de « chantage légal »⁵⁹⁷ : à travers ses clauses noires, grises et blanches, et contrairement aux déclarations de la Cour de justice, le règlement se transforme en contrat-type, toute déviation aux dispositions du texte engendre un risque de refus d'exemption, et donc la nullité du contrat et une amende. Les entreprises, réalistes, préfèrent ne pas courir le risque d'une annulation de leur contrat sur le fondement de l'article 81§3, et se conforment aux dispositions contenues dans les règlements d'exemption qui deviennent de fait un « puissant facteur d'unification, non point des droits nationaux applicables aux contrats, mais des contrats eux-mêmes »⁵⁹⁸. Ainsi en prenant l'exemple du règlement d'exemption des contrats de franchise, il est possible d'affirmer que, sans être un instrument originellement contraignant, celui-ci a quand même contribué à l'unification européenne du contrat de franchise⁵⁹⁹. Ce règlement, comme ceux intervenus dans les autres domaines, a considérablement réduit la portée de la liberté contractuelle, au travers de la détermination d'un contenu obligatoire du contrat.

247. A travers la terminologie employée par la doctrine et les efforts fournis par les autorités communautaires pour dénier aux règlements d'exemption tout caractère contraignant, il est facile de saisir la connotation négative qui entoure le phénomène d'uniformisation des contrats par le biais de cet instrument. Les critiques sont nombreuses et variées. Certaines sont fondées sur l'insécurité juridique qui découle de ces textes éminemment précaires alors que le droit contractuel nécessite la permanence⁶⁰⁰. Les règlements sont effectivement édictés pour une durée limitée⁶⁰¹, ce qui restreint la prévisibilité nécessaire à tous les opérateurs économiques. D'autres dénoncent un abus de pouvoir de la Commission européenne⁶⁰² qui, à travers cet

⁵⁹⁶ - COM(2001) 398 final, déjà citée.

⁵⁹⁷ - CLAUDEL (E.), *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Thèse, Paris X, 1994, n° 393.

⁵⁹⁸ - JAMIN (C.), *Un droit européen du contrat*, in : *Le droit privé européen*, op. cit., pp. 47-48.

⁵⁹⁹ - En ce sens, voir : WERRO (F.) BELSER (E.-M.), PANTELIDOU (E.), *L'impact du droit européen de la concurrence sur le contrat de franchise*, in : *L'eupéanisation du droit privé – Vers un code civil européen ?*, sous la dir. de WERRO (F.), éd. Universitaires, Fribourg, 1998, p. 282.

⁶⁰⁰ - VOGEL (L.) *La réglementation de la distribution automobile*, op. cit., p. 36.

⁶⁰¹ - A titre d'exemple, le règlement 1475/95 concernant la distribution automobile est valable pour seulement 7 ans, c'est-à-dire jusqu'en 2002.

⁶⁰² - JEANTET (F.-C.), KOVAR (R.), *Les accords de distribution et de service des véhicules automobile et*

instrument, s'est quasiment arrogé un pouvoir normatif autonome incompatible avec l'habilitation qui lui a été donnée par le Conseil par le biais du règlement 19/65. Ces critiques sont fondées mais il convient d'en limiter quelque peu la portée. Il faut d'abord préciser que malgré le spectre très large que couvre l'ensemble des règlements d'exemption adopté par la Commission, tous les accords qui tombent sous le coup de l'interdiction des ententes ne sont pas concernés. En effet, les accords d'importance mineure, c'est-à-dire ceux qui exercent une influence négligeable sur la concurrence, se trouvent soustraits de l'interdiction. Ce principe, dont les conditions d'application ont été précisées par la Commission dans une communication dont la dernière version date de 2001⁶⁰³, a pour but de promouvoir la coopération entre les petites et moyennes entreprises. Dans un même esprit de promotion du marché commun, il convient de ne pas oublier l'existence de la règle de raison. Ce principe, inspiré du droit antitrust américain⁶⁰⁴, permet de tenir compte des effets bénéfiques d'un accord restrictif de concurrence afin de ne pas lui appliquer l'interdiction des ententes, et ceci sans passer par le formalisme des règlements d'exemption. Sous l'effet conjugué de ces deux atténuations, le champ d'application réel des règlements d'exemption se restreint de façon significative. Pour autant, elles n'empêchent pas le fait que la liberté contractuelle des entreprises concernées soit considérablement réduite du fait de l'application des règlements d'exemption. Ce constat doit être relativisé au regard des récentes modifications de la politique communautaire en matière d'exemption par catégories.

II – La récente « mutation » des règlements d'exemption

248. Cela a déjà été dit, les règlements adoptés par la Commission revêtent un caractère temporaire. La plupart d'entre eux, du moins en matière de distribution, venaient à expiration à la fin de 1997. Quelques temps avant cette échéance la Commission européenne a entrepris de dresser le bilan de son action en matière d'ententes. A partir d'un livre vert concernant la politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales⁶⁰⁵, une vaste consultation des acteurs économiques a donc été lancée. Les résultats de celle-ci ont mis l'accent sur l'excessif formalisme des règlements d'exemption ainsi que sur le risque d'asphyxie qu'ils entraînaient. Tirant les conséquences de cette affirmation quasi-unanime, l'institution a adopté une communication⁶⁰⁶ dans laquelle elle reconnaît que « les accords

l'article 85 du Traité CEE, Etude du projet de règlement de la Commission des Communautés européennes, *RTDE*, 1983, p. 563 ; 566-570.

⁶⁰³ - Communication concernant les accords d'importance mineure, n° 2001/C 368/07, *JOCE* du 22/12/2001, n° C-368, pp. 13-15.

⁶⁰⁴ - Dès 1898 la Cour suprême des Etats-Unis soustrait de l'emprise des dispositions de la Section 1 du *Shermann Act* de 1890, les contrats qui développent davantage la concurrence qu'ils ne la restreignent : *US v. Joint Traffic Association*, 1898.

⁶⁰⁵ - COM (96) 721 final.

⁶⁰⁶ - Communication de la Commission sur l'application des règles communautaires de concurrence aux restrictions verticales (suivi du Livre vert sur les restrictions verticales), 98/C 365/03, *JOCE* du 26/11/98 n° C-365, pp. 3-24.

verticaux qui [...] relèvent des règlements d'exemption par catégorie, sont soumis pour pouvoir être conformes à ces règlements, à des contraintes, qui sont inutilement source d'insécurité juridique »⁶⁰⁷. Une nouvelle approche de la politique de concurrence est annoncée.

249. Selon cette nouvelle approche, les règlements d'exemption contiendront essentiellement l'indication des clauses interdites. Il s'agira en fait de déterminer les clauses qui ne seront pas exemptées « au lieu de définir celles qui le sont, ce qui évite l'effet asphyxiant »⁶⁰⁸. Parallèlement les dates d'expiration des règlements concernant les accords d'achat exclusif et de distribution exclusive ont été portées au 31 décembre 1999⁶⁰⁹, en attendant l'adoption d'un règlement unique en matière d'accords verticaux. Dans ce même but, le règlement 19/65, habilitant la Commission à exempter certaines catégories d'accords verticaux a aussi été modifié afin de ne permettre à la Commission que de préciser les clauses interdites. Le règlement 17 prévoyant la procédure de l'article 81 du Traité a été modifié afin de permettre la simplification de la procédure d'exemption. L'ensemble des textes composant la « nouvelle approche » communautaire en matière de concurrence a ensuite été adopté. Tous les accords verticaux sont désormais soumis au règlement 2790/1999. Ce texte adopté le 22 décembre 1999 remplace les règlements d'exemption relatifs aux accords d'achat exclusif⁶¹⁰, de distribution exclusive⁶¹¹ et de franchise⁶¹². Cette approche globale des accords verticaux ne laisse de côté que les accords intervenant dans le domaine de la distribution automobile qui demeurent soumis au règlement 1475/95 expirant fin 2002 et « dont tout porte à croire que les jours sont également comptés »⁶¹³. Les accords horizontaux sont eux abordés par deux règlements du 29 novembre 2000, l'un consacré aux accords de spécialisation⁶¹⁴ et l'autre aux accords de recherche et développement⁶¹⁵. Contrairement aux règlements précédents qui continuent à s'appliquer jusqu'au 31 décembre 2001, aux accords déjà en vigueur au 31 mai 2000, les règlements « nouvelle approche » se contentent d'édicter une liste des clauses faisant obstacle à l'exemption⁶¹⁶.

⁶⁰⁷ - *Ibid*, p. 3.

⁶⁰⁸ - *Ibid*, p. 19.

⁶⁰⁹ - Par le biais du règlement 1582/97 de la Commission du 30 juillet 1997, pour ce qui concerne les règlements 1983 et 1984/83, *JOCE* du 6/08/97 n° L-214, p. 27.

⁶¹⁰ - Règlement 1984/83, déjà cité.

⁶¹¹ - Règlement 1983/83, déjà cité.

⁶¹² - Règlement 4087/88, déjà cité.

⁶¹³ - THOUVENIN (J.-M.), Vers une remise en cause du système de distribution des automobiles en Europe ?, *RMCUE*, avril 2001, n° 447, pp. 240-246.

⁶¹⁴ - Règlement 2658/2000, déjà cité.

⁶¹⁵ - Règlement 2659/2000, déjà cité.

⁶¹⁶ - Article 4 et 5 du règlement 2790/1999 ; Article 5 du règlement 2658/2000 ; Article 5 du règlement 2659/2000.

250. Le fait de se limiter à l'édition d'une liste de clauses « noires » constitue sans nul doute un changement significatif dans la structure et la portée des règlements d'exemption. Alors que les anciens règlements imposaient un contenu positif aux accords qui leur étaient soumis au travers de la définition des clauses obligatoires et des clauses exemptées, les règlements « nouvelle approche » se contentent de définir négativement le contenu des contrats en cause. Il sera désormais plus difficile d'affirmer que les règlements d'exemption par catégories constituent des « contrats-types » devant obligatoirement être adoptés par les entreprises. Pour autant, le caractère purement incitatif de ces instruments ne peut toujours pas être consacré. Même moins détaillés que leurs prédécesseurs, les règlements d'exemption créent toujours à l'égard des entreprises concernées des contraintes importantes qui ne relèvent pas de la simple incitation : pour bénéficier de l'exemption par catégorie, ces dernières devront épurer leurs contrats des clauses contractuelles pouvant s'apparenter aux fameuses clauses « noires ». La liberté contractuelle s'en trouve quand même en partie enrichie, puisque les limites qui lui sont posées par le droit communautaire sont aujourd'hui seulement négatives. Il convient enfin de souligner qu'il est difficile de connaître l'impact réel de cette nouvelle approche en matière d'exemption. D'une part, à ce jour, peu d'accords se trouvent soumis aux nouveaux règlements ⁶¹⁷ ; d'autre part, il faut garder à l'esprit que les entreprises devront certainement se conformer aux « lignes directrices » adoptées par la Commission et qui définissent sa politique en matière d'exemption des accords verticaux ⁶¹⁸ et horizontaux ⁶¹⁹. On ne sait pas aujourd'hui la force contraignante que la Commission donnera à ses communications, mais il semble qu'il faille compter avec cet instrument juridique désormais récurrent en matière contractuelle.

§2 - La force de l'harmonisation réalisée par les directives

251. Mis à part les contrats entre entreprises qui sont appréhendés par le biais de règlements d'exemption, les principaux contrats visés directement ou indirectement par le droit communautaire le sont par l'intermédiaire de directives. On a vu dans quelle mesure le choix de la directive semblait *a priori* être celui de la souplesse. Il convient à présent de montrer de quelle manière une directive peut constituer un instrument contraignant au service de la réglementation des relations contractuelles. Deux éléments plaident en faveur de la force contraignante des directives adoptées. D'une part, en dépit du choix récurrent d'une harmonisation dite « minimale », de nombreuses dispositions des directives revêtent un caractère impératif (I) ; d'autre part ce caractère impératif ne s'impose pas seulement aux États

⁶¹⁷ - Puisque nous l'avons déjà évoqué le règlement 2790/1999 concernant les accords verticaux ne s'appliquera aux accords déjà en vigueur au 31 mai 2000, qu'à partir du 31 décembre 2001 (article 12 du règlement précité). En ce qui concerne les règlements relatifs aux accords de spécialisation (2658/2000) et de recherche et développement (2659/2000) ils ne s'appliqueront aux accords déjà en vigueur au 31 décembre 2000 qu'à partir du 30 juin 2002 (article 8 des deux règlements précités).

⁶¹⁸ - Communication de la Commission « Lignes directrices sur les restrictions verticales », 2000/ C 291/01, JOCE du 13/10/2000, n° C-291, p. 1-44.

⁶¹⁹ - Communication de la Commission « Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du Traité aux accords de coopération horizontale », 2001/ C-3/02, JOCE, du 06/01/2001, n° C-003, p. 2-30.

membres, destinataires, mais aussi par le jeu de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes aux contractants aux-mêmes. Les directives ont donc aussi un impact direct sur les droits des contractants (II).

I - Le caractère impératif de certaines dispositions

252. Le principe de l'harmonisation minimale contenu dans la plupart des directives intervenues en matière contractuelle ne préjuge en rien de la force de l'harmonisation opérée par celles-ci. Les États demeurent libres d'édicter des législations plus strictes, mais ils n'en sont pas moins soumis aux dispositions des directives qui, non content de contenir des solutions inédites ou particulièrement efficaces pour protéger l'une des parties au contrat, revêtent parfois un caractère d'ordre public.

253. L'article 6 de la directive concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux comme l'article 12 de la directive sur les contrats conclus à distance prévoient expressément l'impossibilité pour le consommateur de renoncer aux droits qui lui sont conférés en vertu de la présente directive. L'article 8 de la directive concernant les voyages et vacances à forfait ⁶²⁰ prévoit, quant à lui, que la clause par laquelle l'acquéreur renonce au bénéfice des droits qui lui sont conférés par la directive, ou exonère le vendeur d'une partie de sa responsabilité « ne lie pas l'acquéreur, dans les conditions fixées par la législation nationale ». De telles prescriptions se retrouvent de façon plus ou moins explicite dans bon nombre de directives adoptées dans le domaine contractuel ⁶²¹. Dans tous les cas, il s'agit d'entacher de nullité les clauses contractuelles dérogeant aux dispositions protectrices du contractant-consommateur.

254. Mais les dispositions impératives ne limitent pas leurs apparitions au droit de la consommation. La directive relative aux agents commerciaux ⁶²² en contient, elle aussi, une quantité considérable ⁶²³. Justement la Cour de Justice des Communautés européennes a récemment rendu un arrêt instructif ⁶²⁴ concernant certaines dispositions impératives contenues dans cette directive. Le litige opposait une société établie en Californie à une autre société désignée comme agent commercial de la première et ayant son siège au Royaume-Uni. Une clause du contrat d'agence prévoyait que celui-ci était régi par la loi de l'État de

⁶²⁰ - Directive 94/47 déjà citée.

⁶²¹ - A titre d'illustration, voir : article 14 de la directive 87/102 sur le crédit à la consommation ; article 7-1 de la directive 1999/44 sur la vente et les garanties des biens de consommation, voir : annexe B de la thèse.

⁶²² - Directive 86/653, déjà citée.

⁶²³ - Revêtent un caractère impératif les articles 3 et 4 relatifs aux droits et obligations de l'agent et qui pourtant ont une formulation particulièrement large, l'article 10§2 et 10§3 relatifs au principe du droit à commission, article 11§1 concernant l'extinction du droit à commission, article 12§1 et 10§2 relatifs à l'obligation d'information qui incombe au commettant concernant les éléments de calcul de la rémunération de l'agent, l'article 13§1 concernant la nécessité d'un écrit et enfin les articles 17 et 18 sur le droit à indemnité.

⁶²⁴ - CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc*, aff C-381/98, *Rec.* p. 9305.

Californie. Le litige porté devant les juridictions anglaises, après rupture du contrat, était relatif au droit à indemnité de la société ayant la qualité d'agent commercial. Or selon le droit anglais, la loi choisie par les parties s'applique sauf si un motif d'ordre public s'y oppose. La Cour avait donc à déterminer si les articles 17 et 18 de la directive relatifs au droit à indemnité étaient ou non applicables à ce contrat, ce qui revenait en substance à savoir si ces dispositions constituaient des dispositions impératives capables de rendre inapplicable la loi du contrat. La Cour a répondu, qu'en égard à l'objectif de protection de l'agent commercial après la cessation du contrat, le régime instauré par la directive présente un caractère impératif. L'intérêt de cet arrêt se situe moins dans la déclaration du caractère impératif des dispositions visées, qui était conforme à l'article 19 selon lequel « les parties ne peuvent pas, avant l'échéance du contrat, déroger aux dispositions des articles 17 et 18 au détriment de l'agent », que dans la force que la Cour attribue à ce caractère. Les articles visés de la directive ont le pouvoir d'anéantir la clause par laquelle les parties ont choisi la loi applicable à leur contrat. Dans son point 25 la Cour affirme en effet « force est de constater qu'il est essentiel pour l'ordre juridique communautaire qu'un commettant établi dans un pays tiers, dont l'agent commercial exerce son activité à l'intérieur de la Communauté, ne puisse éluder ces dispositions par le simple jeu de la clause de choix de loi ». La liberté de choisir le droit qui gouvernera le contrat, qui constitue une application du principe de la liberté contractuelle, voit donc ses effets anéantis par l'application du droit communautaire.

255. Un ordre public d'origine communautaire a donc fait émergence dans le domaine contractuel. Cet ordre public communautaire vient diminuer encore la portée du principe de la liberté contractuelle⁶²⁵. Selon le principe de l'autonomie de la volonté, seules les parties construisent le contrat et les règles normatives ne doivent s'appliquer à celui-ci que dans la mesure où les parties ne les ont pas écartées. Bien sûr les différents droits nationaux relatifs aux contrats contiennent des dispositions d'ordre public et de fait, les contrats sont donc régis à titre principal par la volonté des parties, et de façon subsidiaire par les dispositions nationales d'ordre public. Les directives communautaires sont donc venues bouleverser cet ordonnancement en édictant une sorte de deuxième degré d'impérativité. Il semble que l'ordre public d'origine communautaire puisse être analysé comme un ordre public de protection puisqu'il s'agit d'éviter que par le jeu de sa liberté contractuelle, le contractant le plus faible ne détériore encore sa condition. Le caractère contraignant direct de ces directives, c'est-à-dire vis-à-vis des parties contractantes elles-mêmes, doit s'apprécier en tenant compte du fait que les directives, contrairement aux règlements communautaires, ont pour destinataires les États membres seuls, à l'exclusion des particuliers. Dans ces conditions et au regard des règles

⁶²⁵ - Sur le thème de l'influence du droit communautaire sur la liberté contractuelle, on pourra lire un article aussi riche que déroutant : MENGOZZI (P.), Règles communautaires et règles impératives en tant que « limites » et « contre-limites » imposées à l'autonomie contractuelle, *RMUE*, 1999, n°1, pp. 169-200. Ou encore : PICHERAL (C.), *L'ordre public européen ; Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La documentation Française, pp. 276-286.

gouvernant l'ordre juridique communautaire, il est légitime de se demander comment un acte tel que la directive peut prétendre, en pratique, revêtir un caractère impératif à l'égard des particuliers.

II - L'impact des directives sur les droits des contractants

256. De manière générale, la force contraignante des directives repose sur l'effet direct qui leur a été reconnu par la Cour de Justice des Communautés européennes. L'effet direct, que l'on peut considérer comme l'aptitude d'un acte juridique communautaire à créer des obligations et à faire entrer directement dans le patrimoine juridique des personnes privées, physiques ou morales, des droits dont elles peuvent obtenir judiciairement la protection⁶²⁶, n'était textuellement accordé qu'aux seuls règlements. Pourtant, contrairement à l'opinion d'une grande partie de la doctrine et à une interprétation exégétique de l'ex-article 189 du Traité⁶²⁷ (article 249 actuel), la CJCE a reconnu que, dans certaines conditions, la directive pouvait revêtir un effet direct. L'idée qui a présidé à cette reconnaissance est celle de l'effet utile. En cas de non-transposition ou de transposition non conforme des dispositions d'une directive par un Etat membre, celui-ci prive le droit communautaire de l'effet voulu et encourt, de ce fait, une constatation en manquement. Or, la sanction par le biais du seul recours en manquement est largement insuffisante en pratique. Il s'agit donc, à travers la « vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits »⁶²⁸ d'assurer l'application effective des directives communautaires au sein des États membres, en sanctionnant l'Etat défaillant⁶²⁹. Mais cet effet direct reconnu aux directives ne joue que dans les relations entre les particuliers, lésés par la non-transposition et l'Etat membre concerné⁶³⁰. La Cour de justice n'a jamais voulu reconnaître aux directives un effet direct horizontal et ce malgré des opinions doctrinales très favorables à cette reconnaissance⁶³¹ ou qui en évoque le caractère

⁶²⁶ - CJCE, Arrêt du 14 décembre 1974, *Politi s.a.s.*, aff 43/71, *Rec.* p. 1039.

⁶²⁷ - Un argument de texte était en effet opposé à la reconnaissance de l'effet direct des directives. L'article 189 du Traité précise explicitement que le règlement communautaire est « directement applicable dans tout Etat membre », et cette précision n'est reprise par le texte au sujet de la directive, ce qui a permis d'affirmer que cet acte ne pouvait produire les mêmes effets que le règlement. Cette interprétation *a contrario* de l'article 189 a été balayée par le juge communautaire, qui s'est contenté de répondre que : « si, en vertu des dispositions de l'article 189, les règlements sont directement applicables et par conséquent par leur nature susceptibles de produire des effets directs, il n'en résulte pas que d'autres catégories d'actes visés par cet article ne peuvent jamais produire des effets analogues ». CJCE, 6 octobre 1970, *Grad c. Finanzamt Traunstein*, aff 9/70, *Rec.* p. 825.

⁶²⁸ - Selon la formule utilisée par la CJCE dans la célèbre affaire *Van Gend en loos* consacrant le principe de l'effet direct du Traité.

⁶²⁹ - On retrouve cette affirmation dans différents arrêts de la Cour ; voir les deux arrêts rendus le 20 septembre 1988, *Beentjes*, aff 31/87, *Rec.* p. 4635 et *Moormann*, aff 190/87, *Rec.* p. 4689.

⁶³⁰ - Quelle que soit la qualité au titre de laquelle cet Etat intervient, puisque l'Etat employeur peut se voir opposer les dispositions d'une directive par l'un de ses salariés. Cette extension du principe de l'effet direct des directives appelée « effet direct oblique », a été consacrée par la CJCE : 26 février 1986, *Marshall C. Southampton and southwest Hampshire Area Health Authority*, aff 152/84, *Rec.* p. 723, n° 50.

⁶³¹ - En ce sens : EMMERT (F.) PEREIRA DE AZEVEDO (M.), L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE : un bateau ivre ?, *RTDE*, 1993, p. 503-524 ; des mêmes auteurs : Les jeux sont faits : rien ne va plus ou une nouvelle occasion perdue par la CJCE, *RTDE*, 1995, pp. 11-21.

« inévitable »⁶³². Dans le célèbre arrêt *Marshall*, elle a expressément affirmé qu'« une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et qu'une disposition d'une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne »⁶³³. Cette solution s'explique aisément si l'on garde à l'esprit l'idée de sanction attachée à l'effet direct vertical : il s'agit de sanctionner l'Etat membre défaillant et de rester neutre vis-à-vis des particuliers. La Cour affirme par ailleurs, dans un argumentaire contestable, qu'étendre la jurisprudence consacrant l'effet direct des directives aux rapports entre particuliers « reviendrait à reconnaître à la Communauté le pouvoir d'édicter avec effet immédiat des obligations à la charge des particuliers alors qu'elle ne détient cette compétence que là où lui est attribué le pouvoir d'adopter des règlements »⁶³⁴.

257. Il résulte de cette jurisprudence consacrée, qu'aujourd'hui, une personne privée ne peut, dans le cadre d'un litige, invoquer les dispositions d'une directive à l'encontre d'une autre personne privée. Or, les relations contractuelles visées par les directives communautaires que nous étudions, sont uniquement des relations entre particuliers, puisque les contrats de droit public et les contrats de travail ne sont pas visés. Il est donc légitime de se demander dans quelle mesure les dispositions de ces directives peuvent s'imposer aux contractants qu'elles visent, sachant qu'en cas de conflit, un contractant ne peut donc invoquer les dispositions d'une directive à l'encontre de son cocontractant. C'est encore la jurisprudence de la CJCE qui vient apporter une réponse à la question de l'efficacité des directives entre contractants. Dans un arrêt très controversé, la Cour a en effet admis qu'un particulier peut invoquer les dispositions d'une directive à l'encontre d'un autre, en vertu de l'obligation imposée au juge national d'interpréter le droit national à la lumière des objectifs et des dispositions des directives. Dans cet arrêt rendu le 13 novembre 1990⁶³⁵, et qui était étranger au droit contractuel puisqu'il s'agissait de l'identification des causes de nullité des sociétés commerciales, le juge communautaire a estimé qu'en « appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenu de la faire dans la mesure du possible à la lumière du texte et des finalités de la directive, pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer à l'article 189 du Traité ». Il résulte de cette jurisprudence que c'est indirectement que les directives sont appelées à produire des effets dans un litige opposant deux particuliers. Cette jurisprudence a, par la suite, été confirmée par la Cour dans divers domaines⁶³⁶ et, pour ce qui

⁶³² - MANIN (P.), L'invocabilité des directives ; quelques réflexions de P. Manin, *RTDE*, 1990, p. 687.

⁶³³ - CJCE, 26 février 1986, *Marshall C. Southampton and southwest Hampshire Area Health Authority*, aff 152/84, *Rec.* p. 723.

⁶³⁴ - Arrêt *Marshall* précité. L'argumentation fondée sur la nécessaire distinction entre règlements et directives souffre d'ignorer l'une des différences notoires entre les deux types d'actes : le règlement demeure en effet le seul à être immédiatement applicable. Sur ce point, voir les arguments *pro* et *contra* développés par le professeur Denys Simon: Directive, *Répertoire Communautaire*, Dalloz, vol. 2, n° 54 et 55.

⁶³⁵ - Aff C-106/89, *Rec.* p. 4135.

⁶³⁶ - En ce qui concerne le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, voir : CJCE 7 décembre 1995, *Luigi Spano*, aff C-472/93, *Rec.* 4321, point 17.

nous intéresse, a été appliquée dans le domaine contractuel dans un arrêt récent ⁶³⁷. Le litige concernait la question de la compatibilité de la législation italienne imposant l'inscription des agents commerciaux sur un registre spécial, à peine de nullité des contrats d'agence commerciale vis-à-vis des dispositions de la directive communautaire relative aux agents commerciaux ⁶³⁸, question qui avait déjà été tranchée négativement par la CJCE dans l'arrêt *Bellone*. La société défenderesse, une société autrichienne nommée *Adipol* estimait que la demanderesse, une société italienne *Centrosteeel*, ne pouvait en aucun cas invoquer les dispositions de la directive, en se fondant sur la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle celle-ci ne pouvait produire d'effet direct horizontal. Le juge a réaffirmé cette jurisprudence tout en rappelant l'obligation qui incombe aux juridictions nationales d'interpréter leurs législations en conformité avec les dispositions des directives, qu'il s'agisse d'un litige entre un particulier et les pouvoirs publics ou d'un litige entre particuliers ⁶³⁹. Il est intéressant de remarquer que la Cour prend soin de poser les limites au principe de l'interprétation conforme, en indiquant que cette règle ne doit conduire, ni à créer ou à aggraver la responsabilité pénale d'un particulier ⁶⁴⁰, ni à une interprétation totalement opposée aux termes expressément employés dans la législation applicable ⁶⁴¹. Mais elle conclut cependant en affirmant : « elle peut tout à fait conduire à engager la responsabilité civile d'un particulier ou à lui imposer une obligation civile qui, autrement, n'aurait pas existé ». Les effets découlant directement de l'adoption de la directive et de l'expiration du délai de transposition, sont donc bien réels dans le cadre d'un litige entre contractant particuliers.

258. Certains ont affirmé que cette jurisprudence impliquait la reconnaissance de l'effet direct des directives dans les litiges entre particuliers. Mais en réalité l'absence d'effet horizontal signifie simplement que la norme communautaire ne peut imposer d'obligation à la charge des particuliers. Elle n'implique pas pour autant qu'elle ne puisse pas être invoquée en justice. Comme l'affirme le professeur Simon, « le caractère horizontal du litige n'exclut pas que les justiciables puissent se prévaloir des dispositions d'une directive ni que le juge les prenne en considération, en l'occurrence afin de retenir une interprétation de droit interne conforme aux exigences de la directive ». La distinction entre les notions d'effet direct et d'invocabilité se trouve, de fait, consacrée ⁶⁴². Notons pour finir que la portée du principe de l'interprétation conforme est en pratique aussi importante que celle de l'effet direct : le particulier peut espérer des résultats identiques sans pour autant être soumis aux conditions rigoureuses de l'effet direct.

⁶³⁷ - CJCE, 13 juillet 2000, *Centrosteeel Srl c/ Adipol GmbH*, aff C-456/98, *Rec.* p. 6007.

⁶³⁸ - Directive 86/653, déjà citée.

⁶³⁹ - Point 31 de l'arrêt *Centrosteeel c/ Adipol*, précité.

⁶⁴⁰ - CJCE, 8 octobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, aff 80/86, *Rec.* p. 3969.

⁶⁴¹ - CJCE, 16 décembre 1993, *Wagner Miret*, aff C-334/92, *Rec.* p. 525.

⁶⁴² - SIMON (D.), Directive, *Répertoire communautaire*, Dalloz, vol. 2, n°56.

259. Combinant la jurisprudence précitée avec l'existence de dispositions impératives dans les directives adoptées en matière contractuelle, il est facile de percevoir la force de l'harmonisation opérée par les directives adoptées, en dépit de la clause *de minima* qu'elles contiennent quasiment toutes. L'apparente souplesse de cet instrument cache en réalité une véritable force de contrainte que l'on a pu décrire sous le vocable d'ordre public de protection⁶⁴³.

260. Les règlements d'exemptions par catégories, censés être des instruments purement incitatifs, se sont révélés particulièrement coercitifs. Les quelques recommandations adoptées, en plus d'être dotées d'une certaine efficacité pratique, sont bien souvent l'annonce de l'adoption d'un acte plus contraignant. Et l'harmonisation minimale opérée par voie de directives a donné naissance à des dispositions d'ordre public que les contractants peuvent invoquer. La confusion caractérise donc assez bien l'ensemble des instruments juridiques du droit communautaire des contrats. D'autant qu'un autre type d'acte occupe une place à part dans le droit communautaire des contrats : la communication. Plusieurs ont déjà été adoptées dans des matières touchant directement ou indirectement au droit des contrats⁶⁴⁴. Mais, ayant pour unique d'indiquer la position que prendra la Commission en cette matière dans le cadre de son pouvoir d'application du droit⁶⁴⁵, la communication dispose d'une certaine efficacité sans pour autant être juridiquement obligatoire. Le droit des contrats ne revêt donc pas une forme homogène, à travers l'utilisation d'un seul type d'acte communautaire. Il semble que pour pouvoir revendiquer l'appellation de « droit des contrats » un ensemble de règles éparses, non codifié, devrait au moins présenter une certaine unité formelle. Voilà encore une source de faiblesse pour le droit communautaire en cette matière. Il faut pourtant faire quelques remarques. Il convient tout d'abord de garder à l'esprit que l'application du principe de proportionnalité est en partie la cause de cette diversité. Le principe, nous l'avons vu, impose de choisir entre deux instruments, deux moyens, celui qui est le plus opérant et le moins contraignant, ce qui implique forcément de tenir compte du domaine où l'intervention est envisagée. Or, le droit des contrats spéciaux est si vaste que quelques variations dans les moyens utilisés se justifient aisément. Ensuite, l'unité des instruments juridiques ne constitue pas forcément le gage absolu de qualité d'un ensemble de règles. Au contraire, l'adaptation de la méthode aux caractéristiques et aux difficultés d'un domaine donné se révèle plutôt être le signe de l'efficacité. C'est l'avis du professeur Delmas-Marty qui considère que l'hétérogénéité des voies et moyens qui caractérise le processus d'intervention communautaire

⁶⁴³ - POILLOT-PERUZZETTO (S.), *Ordre public et droit communautaire*, D., 1993, pp. 177-182.

⁶⁴⁴ - Citons notamment, les différentes communications sur les accords d'importance mineure, ou portant lignes directrices en matière d'exemption par catégories. Ou encore la fameuse communication de juillet 2001 sur le droit européen des contrats.

⁶⁴⁵ - SANSON-HERMITTE (M.-A.), *La notion de source de droit...*, *op. cit.*, p. 306.

dans le droit privé des États membres, peut se révéler être une vraie stratégie de construction normative. Cet auteur affirme à propos des notions d'unification et d'harmonisation qui sont au centre du débat « L'enjeu est non seulement de pouvoir utiliser les deux stratégies, en tenant compte des données comparatives qui devraient commander le choix de l'une ou de l'autre, mais encore de permettre une évolution des solutions dans le temps, sans modifier le principe de référence »⁶⁴⁶. Si le bilan de l'intervention communautaire en matière de contrats spéciaux, au plan de ces instruments, ne peut pas être globalement négatif, force est de constater qu'il s'agit au minimum d'un bilan mitigé.

⁶⁴⁶ - DELMAS-MARTY (M.), Le phénomène de l'harmonisation ; L'expérience contemporaine, *in* : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, *op. cit.*, p. 33.

CONCLUSION DU TITRE II

261. Le bilan de l'analyse des dispositions de droit positif supposées former le droit communautaire des contrats spéciaux semble être négatif. Le champ d'application de ces règles est largement parcellaire, les instruments utilisés sont à la fois hétérogènes et ambigus. Ces caractéristiques correspondent toutefois en grande partie aux règles communautaires d'attribution et d'exercice des compétences. Ainsi le principe des compétences d'attribution et le principe de subsidiarité interdisent, pour l'heure, au droit communautaire de saisir l'ensemble des contrats spéciaux, et le principe de proportionnalité préconise l'emploi d'actes juridiques hétérogènes. Par ailleurs, il faut souligner que s'il est logique de prendre comme référence le modèle national, il semble en revanche vain de vouloir superposer les règles communautaires intervenues en matière contractuelle et les droits des contrats nationaux. Il s'agit de deux ordres juridiques de nature différente qui n'ont ni la même histoire, ni les mêmes objectifs.

262. Ces remarques faites, il convient quand même de constater que le caractère lacunaire du droit communautaire des contrats tend de plus en plus à se résorber. Si de nombreux « petits contrats » ne semblent toujours pas pouvoir être saisis, de nombreuses propositions de directives sont adoptées dans des domaines sensibles du droit des contrats, tels que la commercialisation à distance de services financiers, les garanties financières, le crédit hypothécaire ou encore les garanties des biens de consommation. Tout se passe en fait comme si par touches successives les autorités communautaires avaient l'objectif de combler les lacunes de leur intervention... La construction du puzzle avance donc peu à peu mais dans le respect des principes d'attribution et d'exercice des compétences. Les incohérences du droit spécial communautaire des contrats paraissent, dans ces conditions, tenir plus des caractéristiques de tout droit en formation que d'une faiblesse « congénitale ».

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

« C'est à l'expérience à combler successivement les vides qu'on laisse. Les codes des peuples se font avec le temps. Mais à proprement parler, on ne les fait pas »⁶⁴⁷.

263. Les développements qui précèdent ont démontré la faisabilité d'un droit commun des contrats au plan communautaire. S'il n'existe pas encore en tant que tel, le droit commun est peut-être déjà en train de se former. L'idée de soumettre l'ensemble des contrats conclus au plan communautaire à un corps unique de règles a déjà germé dans l'esprit de nombreux auteurs ainsi que dans celui des institutions de l'Union européenne. La forme que prendra ce corps de règles importe peu, même s'il est plus réaliste d'envisager l'adoption d'un acte non contraignant, du moins pendant un laps de temps que nous qualifierons de « période d'expérimentation ». La question principale consiste probablement dans l'opportunité de créer un tel corps de règle. Or, sur ce terrain les opinions divergent profondément et semblent sceller l'avenir d'un éventuel droit commun communautaire et l'évolution des règles spéciales communautaires. Pour une partie de la doctrine, l'intervention communautaire devrait se limiter strictement à l'approche sectorielle, laissant à « chaque cité la jouissance de sa constitution civile »⁶⁴⁸. Droit commun et droit spécial sont intimement liés et, en matière communautaire, il semble que beaucoup considèrent que la nécessité du premier semble être inversement proportionnelle au développement du second ; et inversement. En effet, la construction d'un droit commun des contrats, même s'il reste à valeur incitative, devrait permettre aux institutions communautaires de ne pas adopter un nombre trop important de règles spéciales. Rappelons que les principaux problèmes liés aux différents contrats spéciaux ou techniques contractuelles devraient pouvoir être résolus par l'application de principes généraux concernant la formation, la validité, et l'exécution des obligations contractuelles. Or justement les règles communautaires formant le droit spécial applicable aux contrats sont en train de s'étendre. La dualité des instruments adoptés n'est que le résultat des principes gouvernant l'ordre juridique communautaire et du réalisme des institutions, réalisme confirmé par la récente réforme de la politique communautaire en matière d'exemption. Faut-il en déduire que la Communauté a pris le parti de privilégier les règles spéciales au détriment des

⁶⁴⁷ - PORTALIS (J.E.M.), *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, éd. Confluences, coll. "voix de la cité", Paris, 1999, p. 24.

⁶⁴⁸ - C'est l'idée que développe le professeur Cornu dans un très récent plaidoyer contre un éventuel code civil européen. CORNU (G.), *Un Code civil n'est pas un instrument communautaire*, D., 2002, n°4, pp. 351-352.

principes généraux ? La question reste posée, tout porte à croire que les institutions communautaires et à leur tête la Commission réfléchissent sérieusement aux possibilités qui s'offrent à elles.

264. En tout état de cause, nul ne peut aujourd'hui sérieusement affirmer que le droit communautaire des contrats est une vue de l'esprit. Ce droit présente des faiblesses importantes liées à son statut de droit naissant, et à l'instar de son modèle français, il ne pourra voir le jour sans rencontrer des obstacles et susciter des critiques. Mais, à la différence ici des autorités nationales, l'action des institutions communautaires est nécessairement encadrée par le principe des compétences d'attribution et donc limitée par la recherche d'un objectif précis lors de chaque intervention. Dans l'optique communautaire, la production normative ne constitue pas un but en soi et il faut nécessairement qu'émergent les objectifs de fonctionnement du marché commun, de libre circulation des marchandises et de libre concurrence, même si d'autres objectifs sous-tendent l'intervention communautaire. Il s'agit maintenant de procéder à l'analyse matérielle des règles communautaires formant le droit spécial et de démontrer que de telles règles ont en commun de protéger les droits de la partie supposée faible au contrat qu'elles régissent, et que, ce faisant, elles participent activement à la construction d'un droit communautaire des contrats.

DEUXIÈME PARTIE

**LA FORCE DES DROITS DES
CONTRACTANTS**

265. Le lien entre la promotion du marché intérieur européen et la protection des droits des contractants résulte d'un constat simple : le contrat constitue le « vêtement juridique » traditionnel de tout échange économique. Il n'est donc pas étonnant que, dans l'objectif de promouvoir le marché intérieur, et le développement du commerce à l'intérieur de celui-ci, les autorités communautaire aient décidé d'adopter une réglementation assurant la sécurité des engagements contractuels.

266. L'intervention communautaire sur la relation contractuelle se heurte pourtant aux principes classiques des droits nationaux des contrats. Selon le principe de l'autonomie de la volonté, l'homme étant par nature libre et raisonnable il ne peut ni contracter contre sa volonté ni agir contre ses intérêts. Dans cette optique « tout contrat libre est un contrat juste, quel qu'en soit par ailleurs le contenu »⁶⁴⁹. L'influence de cette théorie sur le droit commun des contrats a été considérable, en particulier en droit civil français. Elle a donné lieu, sur le plan formel, au principe du consensualisme qui implique qu'aucune forme n'est exigée pour la validité du contrat et, sur le plan substantiel, à celui de la liberté contractuelle⁶⁵⁰. Le Code civil français, et ses équivalents dans les différents Etats membres ont été adoptés en considération des relations contractuelles qui leur étaient contemporaines. Qu'il s'agisse d'un contrat de vente ou d'un contrat de travail, on ne s'obligeait qu'envers une personne connue ou que l'on aurait pu connaître, et cela au terme d'une véritable discussion contractuelle. La relation contractuelle se développait dans le cadre d'une « société atomistique, autarcique et équilibrée : atomistique parce que les parties à la convention étaient des personnes physiques qui agissaient individuellement ; autarcique parce que l'échange s'établissait dans une sphère territoriale restreinte entre co-contractants qui se connaissaient ; équilibrée parce que les partenaires contractuels avaient le même poids économique et pouvaient discuter les termes de leur accord »⁶⁵¹. Le principe de l'autonomie de la volonté postule que le consentement des deux parties soit suffisamment mûri avant d'être exprimé, d'où l'importance capitale de la négociation, du débat pré-contractuel. De ce fait, l'égalité économique ou au moins la

⁶⁴⁹ - GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé ; Contribution à l'étude critique de l'individualisme*, thèse, Dijon, 1912, p. 76

⁶⁵⁰ - Formalisé en droit français par l'article 1134 du Code civil selon lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

⁶⁵¹ - D'après l'excellente analyse de Messieurs TROCHU (M.) TREMORIN (Y.) BERCHON (P.), La protection des consommateurs contre les clauses abusives - Etude de la législation française du 10-1-1978, *DPCI*, 1981, T.7, n° 1, p. 37

négociation contractuelle garantissait une certaine confiance entre les contractants et un équilibre contractuel satisfaisant.

267. Or, les circonstances ayant servi de fondement à l'élaboration de ces principes ne sont plus de rigueur à l'époque contemporaine. Le commerce de proximité, domaine privilégié de la confiance contractuelle, a perdu de son importance et aujourd'hui la majorité des contrats conclus sont des contrats d'adhésion, c'est-à-dire des contrats qui échappent au débat pré-contractuel : une des parties établit au préalable et de façon unilatérale les termes du contrat et l'autre se contente de décider si elle y adhère ou pas. Selon le doyen Carbonnier le contrat d'adhésion se caractérise par trois traits essentiels : l'inégalité des parties, la pré-rédaction, la forme abstraite de l'offre et la complexité des clauses. Comme Josserand l'affirmait en 1937 : « la technique du contrat est transposée sur un plan nouveau, et une inégalité flagrante éclate entre les rôles joués par les deux parties, dont l'une a l'initiative de la formule, de la pré-rédaction, dont l'autre se borne à entrer dans la combinaison qui a été établie en dehors de sa participation, de sorte que l'autonomie de sa volonté est réduite au minimum, au choix entre la conclusion et la non-conclusion du contrat, entre l'adhésion et l'abstention, choix d'ailleurs illusoire lorsque, comme il advient fréquemment, l'auteur de la pré-rédaction, du cliché contractuel, bénéficie d'un monopole qui fait obstacle au libre jeu de la concurrence »⁶⁵².

268. Dans le cadre de ce nouveau type de relations contractuelles caractérisé par l'inégalité, il en est une dans laquelle le déséquilibre est flagrant : la relation profane-professionnel. La notion de profane a d'abord été définie dans le domaine religieux. Profane, du latin *profanus*, signifiant « hors du temple », désigne quelqu'un qui est étranger à la religion. Dans le langage actuel, un profane est une personne qui n'est pas initiée à un art, une science, une technique, un mode de vie. Le terme est synonyme de béotien, ignorant. Le plus souvent il est utilisé pour désigner le consommateur. La notion de consommateur, au-delà de sa définition simple -contractant qui s'engage pour des motifs étrangers à sa profession-recouvre des situations différentes : ce peut être le consommateur que l'on sollicite à domicile, celui qui prend un crédit, celui qui voyage... Quelquefois, le profane n'est pas un consommateur, du moins dans le sens juridique du terme. Celui qui profite des avantages du commerce électronique n'est pas toujours un consommateur, ce qui ne l'empêche pas d'être un contractant profane. Le cocontractant profane, consommateur ou pas, a donc logiquement été le premier à être protégé par les législations nationales. Les législateurs nationaux sont

⁶⁵² - JOSSERAND, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, *RTDCiv*, 1937, p. 9.

intervenues pour limiter les implications pratiques de la théorie de l'autonomie de la volonté et de son corollaire, la force obligatoire du contrat. Le droit français, pourtant particulièrement individualiste, en a été bouleversé : de règles spéciales en atténuation des principes généraux, notre droit commun des contrats ne ressemble plus guère à celui qui avait été édicté en 1804 et il n'est plus un ouvrage relatif au droit des obligations qui ne contienne des développements sur les aspects actuels de l'inégalité des parties. Mais, comme le relève très justement le Professeur Ghestin ⁶⁵³, à côté de l'« infériorité des profanes au regard des professionnels » existe aussi l'« inégalités entre professionnels ». La dépendance économique, les procédés actuels d'approvisionnement, la concentration des capitaux et des moyens de production et les disparités économiques considérables entre entreprises qui en sont la conséquence, ont donné naissance à ce que l'on peut appeler les « contrats de dépendance » c'est à dire des « contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle, l'un des partenaires l'assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière et privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de la placer dans sa dépendance économique et sous sa dénomination » ⁶⁵⁴. De tels éléments interdisent l'égalité et la négociation contractuelle dans les relations que nouent ensemble les professionnels. Les législateurs nationaux sont intervenus afin de protéger le professionnel contre les conséquences de cette situation. Avec le souci premier de créer les conditions nécessaires à la réalisation du Marché unique et d'une concurrence effective, le droit communautaire s'est lui aussi inscrit dans cette tendance.

269. C'est donc cet ensemble de règles du droit de la consommation de la concurrence qui gouvernera les prochains développements. Il s'agira d'établir, que nonobstant leurs finalités respectives, les deux types de règles ont pour finalité médiate d'assurer le bon fonctionnement du marché, et que cette finalité commune passe par la protection des contractants en position de faiblesse en raison de leur ignorance ou de leur dépendance. Le législateur communautaire est intervenu de manière directe afin protéger le cocontractant profane (Titre I), remettant ainsi en cause les trois piliers du droit commun des contrats que représentent la liberté contractuelle, l'autonomie de la volonté et le consensualisme. Indirecte, l'intervention du législateur communautaire dans le domaine des contrats conclus entre

⁶⁵³ - GHESTIN (J.), *Traité de droit civil - Les obligations ; Le contrat: La formation*, LGDJ, Paris, 3^{ème} éd., 1993. p. 38.

⁶⁵⁴ - VIRASSAMY (?), *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Thèse, Paris I, LGDJ, 1985, p. 162.

professionnels (Titre II), n'en constitue pas moins un des éléments caractérisant le droit communautaire des contrats.

TITRE I

LES DROITS DU CONTRACTANT PROFANE

270. Les contrats conclus avec les consommateurs sont, le plus souvent, des contrats d'adhésion : ces derniers donnent une appréciation globale sur un contrat dont le contenu est entièrement prédéterminé par le professionnel. Le consommateur n'ayant pas la faculté de négocier le contrat, le professionnel sera tenté d'y inclure des clauses créant un déséquilibre significatif à son profit. En outre, la plupart des consommateurs ne font que peu de différences entre les documents contractuels qui leur sont proposés par les professionnels et les textes législatifs ou réglementaires. Ce respect de l'écrit, cette forme de timidité les empêche de contester une ou des clauses qui pourraient leur sembler injuste.

271. Selon la tradition individualiste il appartient à chacun de veiller à la défense de ses propres intérêts. Cette tradition a justifié pendant longtemps l'insuffisance des remèdes prévus par le droit civil pour protéger le consommateur. Le droit Allemand au contraire, par l'utilisation de théories comme celle de la lésion ou par l'application du principe de bonne foi ⁶⁵⁵, permet d'annuler les dispositions d'un contrat qui sont particulièrement déséquilibrées et ceci quelle que soit la qualité du cocontractant. Alors qu'en Allemagne, un contrat peut être annulé si la prestation de l'une des parties est disproportionnée par rapport à la prestation de l'autre, les dispositions du Code civil français relatives aux vices du consentement, la théorie de l'erreur ⁶⁵⁶ celle du dol ⁶⁵⁷ ou encore de la violence ⁶⁵⁸ ne trouvent que très rarement à

⁶⁵⁵ - § 242 du BGB.

⁶⁵⁶ - L'erreur, régie par l'article 1110, pourrait, en théorie, constituer une cause d'annulation d'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur. Cependant l'erreur du consommateur se révèle assez fréquemment inexcusable et ne peut donc pas être retenue par le juge pour annuler le contrat. On rappellera utilement la rédaction toute négative de l'article 1110 du Code civil français: « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ».

⁶⁵⁷ - Article 1116 du Code civil : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas, et doit être prouvé ». La notion aurait parfaitement pu protéger un consommateur ayant conclu trop précipitamment face un professionnel employant des techniques agressives.

s'appliquer dans les litiges de la consommation⁶⁵⁹. Comme en témoignent fort justement Messieurs Trochu, Trémorin et Berchon⁶⁶⁰ à propos du recours au contrôle de droit commun en droit français : « Sans doute [...] sera-t-il souvent bien imparfait. Sans doute, faudra-t-il parfois reconnaître au juge, dans l'intérêt de la cause du consommateur, une certaine hardiesse dans son application de la théorie de l'erreur ou du dol, dans sa détermination d'un consentement certain, dans son expression, mais inexistant dans sa réalité profonde. Sans doute faudra-t-il laisser le juge torturer à l'extrême la notion de cause pour arriver à en dégager l'inexistence. Sans doute encore, faudra-t-il le laisser s'engager dans le domaine mouvant d'une obligation d'équité dans les contrats, tirée d'une lecture divinatoire de l'article 1135 du Code civil, ou le laisser invoquer en désespoir de cause un ordre public aux contours incertains [...] ».

272. Face au double constat de la multiplication des contrats d'adhésion et de l'insuffisance du droit commun pour protéger le consommateur, le schéma contractuel classique a dû évoluer. Aujourd'hui les législations nationales tiennent compte des inégalités de fait entre les parties et particulièrement entre professionnel et consommateur et constituent de ce fait, des atteintes au principe de la liberté contractuelle, au nom de « l'ordre public de protection »⁶⁶¹.

273. Les dispositions du droit communautaire, quant à elles, se sont développées de deux manières différentes. Dans un premier temps l'approche a été négative. Le concept de protection du consommateur a initialement été utilisé au même titre que la protection de l'environnement ou l'efficacité des contrôles fiscaux ou encore de la loyauté des transactions commerciales comme constituant une exigence impérative justifiant une dérogation à l'article

Mais la jurisprudence française s'est toujours montrée indulgente envers ce qu'elle qualifie de *dolus bonus*, une tromperie commerciale largement admise et ne pouvant pas entacher un contrat de nullité.

⁶⁵⁸ - La violence, est définie contrainte extérieure exercée sur la volonté d'une personne pour l'amener à donner son consentement (article 1111 à 1115 du Code civil). Même s'il est admis qu'elle puisse être morale et même si l'on a pu constater une tendance à prendre en considération la situation de dépendance économique de l'une des parties, l'exigence d'une gravité suffisante de la violence exercée interdit bien souvent l'application de ces dispositions aux litiges de la consommation.

⁶⁵⁹ - Concernant l'exigence d'une cause pour toute obligation, posée en France par l'article 1131 du Code civil, elle n'implique pas, dans les contrats entre un professionnel et un consommateur que les prestations des deux parties soient équivalentes : il doit simplement exister des obligations réciproques, ce qui est toujours le cas dans ce type de contrat. Parallèlement, les dispositions relatives à la valeur de l'objet du contrat, et plus précisément celles concernant la rescision pour lésion, ne trouvent que très exceptionnellement à s'appliquer en droit français, qu'il s'agisse d'un contrat de consommation ou non.

Enfin, le principe de bonne foi, s'il est essentiel à notre droit, n'en est pas pour autant une technique juridique autonome et ne permet pas, en principe, d'annuler les dispositions d'un contrat, fût-il conclu avec un consommateur.

⁶⁶⁰ - TROCHU (M.) TREMORIN (Y.) BERCHON (P.), La protection des consommateurs contre les clauses abusives : deuxième partie - le contrôle de l'équilibre contractuel, *op. cit.*, pp. 258-259.

⁶⁶¹ - Sur cette notion on lira utilement : COUTURIER (G.), L'ordre public de protection - heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, in : *Etudes offertes à Jacques Flour, Répertoire du notariat Deffrénois*, Paris, pp. 95-115

30 du Traité de Rome ⁶⁶². Ce qui nous permet d'affirmer, à l'instar du professeur Calais-Auloy, qu'à cette période, la protection du consommateur ne constituait qu'un « sous produit » de la libre circulation ⁶⁶³. Compte tenu des limites d'une protection exclusivement liée à la libre circulation des marchandises, et parce que les évolutions commerciales ont commencé à en faire sentir la nécessité, l'approche positive a pris le pas. Dans l'objectif d'effacer les disparités qui existaient entre les législations des Etats membres, le législateur communautaire a adopté un nombre important de textes dans des domaines aussi variés que la publicité, la responsabilité du fait des produits, l'accès à la justice, les contrats à distance, les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux, les clauses abusives, le crédit à la consommation...

274. Les textes communautaires intervenus directement dans la sphère contractuelle ont, à leur tour, porté atteinte au dogme de l'autonomie de la volonté dans le but de protéger les intérêts du cocontractant consommateur, ce qui a pu faire dire à certains que le droit communautaire participe lui aussi au « saccage de droit civil » ⁶⁶⁴. Les interventions du législateur communautaire, prenant en cela exemple sur ses homologues nationaux supposent que le consommateur est « incapable, dans un cadre économique et juridique qui l'écrase, d'une volonté et d'une lucidité véritables » ⁶⁶⁵. Cette assimilation, que l'on pourrait considérer péjorative, a une vocation protectrice. Le but est de permettre à celui-ci de donner un consentement éclairé, libre et réfléchi. Dans cet objectif, les législations nationales ont développé le formalisme informatif et l'obligation d'information pré-contractuelle et instauré des procédés spécifiques permettant la réflexion du contractant. Mais au-delà de la protection du consentement, modalité classique de la protection de la partie faible au contrat, le législateur communautaire a opéré une véritable normalisation du contenu même du contrat.

275. Il faudra limiter l'étude aux textes qui exercent une influence significative, que cette influence soit par ailleurs, directe ou indirecte, ce qui nous conduira à écarter certains

⁶⁶² - Selon la formule issue du fameux arrêt de la CJCE : 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG*, aff 120/78, *Rec.* p. 649.

⁶⁶³ - CALAIS-AULOY (J.), Un code européen de la consommation, in : *Vers un droit européen de la consommation*, in : OSMAN (F.), *Vers un Code européen de la consommation*, actes et débats du colloque de Lyon des 12 et 13 décembre 1997, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 404.

⁶⁶⁴ - Cité dans : TROCHU (M.) TREMORIN (Y.) BERCHON (P.), La protection des consommateurs contre les clauses abusives - Etude de la législation française du 10-1-1978, *op. cit.*, p. 41.

⁶⁶⁵ - TROCHU (M.) TREMORIN (Y.) BERCHON (P.), La protection des consommateurs contre les clauses abusives : deuxième partie - le contrôle de l'équilibre contractuel, *op. cit.*, p. 254.

textes tels que les directives relatives à la publicité trompeuse et comparative ⁶⁶⁶, à l'étiquetage des produits, ou encore à la responsabilité du prestataire de service, et enfin les textes concernant l'accès des consommateurs à la justice, n'ont à nos yeux que trop peu d'influence sur la relation contractuelle au sens strict pour justifier une analyse dans le cadre de notre étude.

276. La Commission européenne le reconnaît elle-même, la protection des consommateurs par le droit communautaire « est confrontée à un ensemble fragmenté de réglementations » ⁶⁶⁷. La solution qui consisterait à adopter une directive-cadre afin d'harmoniser les règles nationales de loyauté des pratiques commerciales entre entreprises et consommateur, si elle est sérieusement envisagée, n'a pas encore abouti. Il semble dès lors inadéquat, voire quelque peu malhonnête de présenter l'ensemble des solutions communautaires selon une approche synthétique. Non pas que la synthèse ne soit pas réalisable, nous tenterons précisément de prouver le contraire, mais elle ne correspond pas à l'objectif de cette étude qui est de présenter une image fidèle de l'intervention communautaire en matière de contrats passés entre profanes et professionnels. Seront donc abordés successivement la protection générale des droits du contractant profane, par l'intermédiaire de la directive sur les clauses abusives (Chapitre 1) et l'ensemble des protections spécifiques (Chapitre 2) à des secteurs ou des techniques contractuelles déterminés.

⁶⁶⁶ - Directive 84/450, du 10 septembre 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse, *JOCE* du 19/09/1984, n° L-250, p. 17. Directive 97/55, du 6 octobre 1997, modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, *JOCE* du 23/10/1997, n° L-290 p. 18. Il convient de noter que certains auteurs ont pu légitimement inclure ces dispositions dans une étude relative au droit des contrats, voir en ce sens : HUET (J.), Les sources communautaires du droit des contrats, *PA*, 21/03 1997, n° 35, pp. 8-13.

⁶⁶⁷ - Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne, du 2 octobre 2001, COM (2001) 531 final, p. 4.

Chapitre 1

Une protection générale : la PROTECTION CONTRE les clauses abusives

277. Objectif prioritaire des institutions communautaire depuis 1975⁶⁶⁸, la volonté de protéger les contractants les plus faibles contre les clauses abusives contenues dans les contrats auxquels ils adhèrent, a donné naissance à une proposition directive en 1990⁶⁶⁹, qui, compte tenu de la diversité des législations nationales⁶⁷⁰, n'a pu aboutir que le 5 avril 1993 à l'adoption de la directive 93/13 « concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ».

278. Avant cette date, plusieurs Etats membres s'étaient dotés de réglementations comparables. Les législations nationales avaient commencé par protéger les intérêts d'un contractant, au coup par coup, dans tel ou tel contrat déterminé, mais sans employer la notion de clause abusive⁶⁷¹. Mais face à l'impuissance des dispositions du droit commun des contrats pour protéger le contractant consommateur, les Etats membres ont dû adopter des réglementations spécifiques. L'élimination des clauses abusives est donc devenue un objectif prioritaire des différentes réglementations nationales. La République fédérale d'Allemagne adoptait, le 9 décembre 1976, une loi sur le régime juridique des conditions générales des contrats. Le Royaume uni se dotait en 1977 d'un *Unfair contracts terms act*⁶⁷².

279. Quant à la France, c'est par la loi du 10 janvier 1978 relative à la protection et à l'information des consommateurs de produits et de services, plus exactement par l'article 35 de

⁶⁶⁸ - Résolution du Conseil, 14 avril 1975, portant programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, *JOCE*, n° C-92 du 25 avril 1975, pp. 2-16.

⁶⁶⁹ - *JOCE* n° C-243 du 28/09/90, p. 2.

⁶⁷⁰ - Le constat de la divergence marquée entre les dispositions nationales figure au 3^{ème} considérant de la directive.

⁶⁷¹ - Une loi française de 1930 interdisait, par exemple, certaines clauses du contrat d'assurance qui assuraient des avantages trop importants à l'assureur au détriment de l'assuré.

⁶⁷² - On peut aussi citer la loi finlandaise du 20 janvier 1978, n° 38 portant sur la protection des consommateurs, la loi fédérale du 8 mars 1979 adoptée par l'Autriche ou encore le « *Sales of goods and supply of services Act* » adopté par l'Irlande en 1980.

cette loi, que la France s'est dotée de disposition visant à éliminer les clauses abusives⁶⁷³. Ce texte, par ailleurs fortement décrié⁶⁷⁴, était très proche des dispositions de la directive communautaire. Certains ont pu conclure de cette constatation, que la France n'aurait pas besoin d'adopter une loi de transposition⁶⁷⁵ pour se conformer au droit communautaire. Mais tout le système mis en place par le législateur français, composé d'un seul article de loi, reposait sur l'adoption de décrets d'interdiction pris en Conseil d'Etat et après avis de la Commission des clauses abusives⁶⁷⁶. En l'absence d'intervention réglementaire, la loi « marginalisait »⁶⁷⁷ le juge en ne lui attribuant pas le pouvoir d'éliminer d'un contrat une clause qu'il considérait abusive. Or un unique décret avait été adopté⁶⁷⁸. Ce texte très général interdisait les seules clauses qui dans la vente, tendaient à limiter ou exonérer la responsabilité du professionnel ainsi que celles qui donnaient à celui-ci le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien ou du service en cause. Cette méfiance à l'égard du juge a contribué à ce qu'une grande partie de la doctrine formule de virulentes critiques à l'égard du droit français des clauses abusives. Certains auteurs ont affirmé qu'il était « mal né »⁶⁷⁹ d'autres même « mort-né »⁶⁸⁰. Le Professeur Paisant évoque plus précisément la « léthargie » du droit français des clauses abusives, ou encore le « carcan » dans lequel il avait été enserré du fait d'« un système à la fois complexe, rigide et restrictif »⁶⁸¹. Il est vrai que si la

⁶⁷³ - Loi 95-96 du 1^{er} février 1995, concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, *JORF* du 02/02/95, *JCP*, 1995, G, III, 67286. Pour une étude à la fois synthétique et critique de ce texte voir : BERLIOZ (G.), *Droit de la consommation et droit des contrats*, *JCP*, 1979, I, n° 2954.

⁶⁷⁴ - Selon l'excellente formule employée par Georges Berlioz, le texte avait institué non un « droit de la consommation » mais une « consommation du droit » : BERLIOZ (G.), *Droit de la consommation et droit des contrats*, *op.cit.*, n° 26.

⁶⁷⁵ - Ils se fondent pour cela sur une jurisprudence de la CJCE selon laquelle il n'existe pas d'obligation de transposition lorsque le droit national est déjà en conformité avec le texte communautaire. CJCE, 23 mai 1985, *Commission c. RFA*, aff 29/84. *Rec.* p. 1661. HUET (J.), *Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives*, *JCP*, 1994, E, n° 309, p. 7 : « Dans ces conditions il est clair qu'il n'est pas nécessaire, juridiquement, de transposer en droit français la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives ».

⁶⁷⁶ - L'article 35 de cette loi prévoyait en effet que pour être réputée abusive, il fallait qu'une clause soit relative à certains aspects du contenu ou de l'exécution du contrat et qu'elle ait fait l'objet d'une interdiction réglementaire.

⁶⁷⁷ - GRIDEL (J.-P.), *Remarques de principe sur l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives*, *D.*, 1984, p. 155.

⁶⁷⁸ - Décret 78-464, *JORF* du 01/04/78 ; *D.*, 1978 ; *JCP*, 1978, III, n° 47152. Pour une analyse des raisons de cette paralysie ministérielle voir : CALAIS-AULOY (J.) BIHL (L.), *La loi du 10 janvier 1978 : un glissement du droit de la consommation vers l'élimination des juges*, *JCP*, 1980, CI, n° 8405, p. 16.

⁶⁷⁹ - PAISANT (G.), *Proposition pour une réforme du droit des clauses abusives (Après la directive du 5 avril 1993)*, *JCP*, 1994, G, n° 3772, p. 301.

⁶⁸⁰ - BERLIOZ (G.), *Droit de la consommation et droit des contrats*, *op cit.*, n° 2.

⁶⁸¹ - Voir : PAISANT (G.), *Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives (après la directive du 5 avril 1993)*, *op. cit.*, p. 301. Certains auteurs adoptent un avis plus modéré et évoquent un texte « touffu, imprécis et révélant une certaine incohérence » : TROCHU (M.) TREMORIN (Y.) BERCHON (P.), *La*

jurisprudence s'était cantonnée au rôle assigné par la loi, très rares auraient été les décisions annulant une clause en raison de son caractère abusif⁶⁸². Fort heureusement une série d'arrêts, qui a pu être considérée comme un véritable « coup de force »⁶⁸³ de la part de la Cour de cassation, a marqué une évolution dans le sens d'un plus grand pouvoir des juges en cette matière. Cette évolution s'est opérée au prix d'une application très libre des dispositions législatives : le 14 mai 1991 la première chambre civile de la Cour de cassation, sans se fonder sur les dispositions de la loi, et en dehors de toute habilitation réglementaire, a reconnu au juge le pouvoir de supprimer une clause procurant à un contractant « un avantage excessif et qu'il était en mesure, du fait de sa position économique, d'imposer à sa clientèle »⁶⁸⁴. Par la suite le 26 mai 1993⁶⁸⁵, la même chambre a décidé que le juge pouvait, en se fondant sur l'article 132-1 du Code de la consommation et en l'absence de décret, contrôler directement les clauses abusives contenues dans certains contrats. La haute juridiction avait ainsi « tenu compte de l'échec de la voie réglementaire »⁶⁸⁶. La transposition de la directive par les autorités françaises s'avérait nécessaire au moins pour que le droit français des clauses abusives puisse être efficace sans que le juge ait à violer la loi. Mais le législateur français ne s'est pas contenté de transcrire mot à mot les dispositions de la directive, à l'instar de ses homologues voisins, il a largement exploité la liberté laissée aux Etats membres par l'article 8 de la directive, de dépasser ses prescriptions minimales par des mesures plus strictes afin d'assurer une meilleure protection du consommateur.

280. Le texte communautaire a d'abord une vocation économique. Comme l'a souligné l'avocat général Saggio dans ses conclusions dans l'affaire *Murciano Quintero*, la directive entend accorder une protection spéciale aux « intérêts de la collectivité qui, en faisant partie de l'ordre économique, dépasse les intérêts spécifique des parties ». Ce raisonnement a abouti à la solution adoptée par la Cour de justice selon laquelle un tribunal peut soulever d'office le caractère abusif d'une clause. Messieurs Christianos et Picod affirment, à juste titre, que cette

protection des consommateurs contre les clauses abusives - Etude de la législation française du 10-1-1978, *op. cit.*, p. 41.

⁶⁸² - Certains auteurs ont pu légitimement constater à ce sujet un véritable « glissement du droit de la consommation vers l'élimination des juges » : CALAIS-AULOY (J.) BIHL (L.), La loi du 10 janvier 1978 : un glissement du droit de la consommation vers l'élimination des juges, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁸³ - Selon l'expression employée par Gilles Paisant dans l'article précité : PAISANT (G.), Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives (Après la directive du 5 avril 1993), *op. cit.*, p. 301.

⁶⁸⁴ - Le décret du 10 janvier 1978 ne pouvait pas jouer puisqu'il ne visait que les contrats de vente et qu'il s'agissait d'un contrat de prestation de services. Il s'agissait, en l'espèce, d'une clause exonérant un laboratoire de photos de toute responsabilité en cas de perte des diapositives confiées. Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, *Lorthioir c/ Baucheron*, D., 1991, pp. 449-545, note Ghestin et JCP, 1991, éd. G, II, n° 21763 note Paisant.

⁶⁸⁵ - Cass. Civ. 1^{ère}, 26 mai 1993, JCP, 1993, éd. G, IV, n° 1868.

⁶⁸⁶ - SINAY-CYTERMANN (A.), Protection ou surprotection du consommateur ?, JCP, 1994, Ed. G, I, n° 3804, p. 512.

directive constitue « la première directive de portée générale qui vise l'harmonisation du droit des contrats dans leur ensemble »⁶⁸⁷. Pourtant, le texte ne peut totalement prétendre à la généralité. Il convient pour cette raison, de déterminer le domaine d'application de la protection (Section 1) avant d'en exposer le contenu (Section 2).

Section 1

LES CONDITIONS D'APPLICATION DE LA PROTECTION

281. L'applicabilité des dispositions protectrices de la directive est déterminée par son champ d'application (§1) et par la définition donnée à la notion de clause abusive (§2).

§1– LE CHAMP D'APPLICATION de la directive

282. Toute l'ambiguïté de la directive réside dans son champ d'application. Celui-ci est à la fois général et restreint. Tout dépend si l'on considère l'aspect *ratione materiae* (I) ou *ratione personae* (II).

I – Le champ d'application *ratione materiae*

283. La directive sur l'élimination des clauses abusives est une directive horizontale, elle s'applique à tous les secteurs et à tous les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. La date d'expiration du délai de transposition était fixé au 31 décembre 1994, les dispositions étaient donc destinées à s'appliquer aux contrats conclus après cette date. Cependant il semblerait que certains contrats conclus après cette date peuvent tout de même entrer dans le champ d'application de la directive. Il en va ainsi pour les contrats dont l'exécution se prolonge après le 31 décembre 1994. Comme l'affirme Mario Tenreiro « il serait effectivement déraisonnable d'imposer aux consommateurs de résilier leurs contrats ou de s'opposer à leur renouvellement, puis de conclure à nouveau des contrats identiques afin d'être protégés contre les clauses abusives »⁶⁸⁸.

⁶⁸⁷ - CHRISTIANOS (V.), PICOD (F.), Consommateurs, *Répertoire communautaire*, Dalloz, vol. 1, n° 141.

284. Le dixième considérant de la directive prévoit que sont exclus de son champ d'application, les contrats de travail, les contrats relatifs aux droits de succession, ceux relatifs au statut familial et à la constitution et aux statuts de sociétés. Cette exclusion expresse n'est pas, à notre avis, véritablement utile : les relations en cause ne sont pas, par nature, des relations qui peuvent être régies par des contrats d'adhésion.

285. Sont par ailleurs exclues du champ d'application de la directive, en vertu de l'article 1-2, les clauses contractuelles «qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des dispositions ou principes des conventions internationales ». Cette restriction est justifiée par le fait que ce type de dispositions n'est pas censé contenir de clause abusive et doit s'expliquer à la lumière du considérant suivant qui dispose que l'exclusion de ce type de clause ne doit pas avoir pour effet de permettre aux entreprises, ayant des activités professionnelles à caractère public, de s'exonérer des dispositions de la directive. Il faut noter que l'expression « dispositions impératives » ne correspond pas la distinction traditionnelle en droit civil entre dispositions « impératives » et « supplétives » mais vise « les règles qui, selon la loi, s'appliquent entre les parties contractantes lorsque aucun autre arrangement n'a été convenu »⁶⁸⁹. Les services publics ne peuvent pas être exclus du champ d'application de la directive en référence à la notion de «dispositions impératives ». Dans sa déclaration au procès-verbal lors de l'adoption de la position commune concernant l'article 1-2, la Commission européenne a précisé que « la notion de contrat inclut également les transactions par lesquelles sont effectuées des fournitures ou des prestations dans le cadre réglementaire ». La loi française de transposition n'a pas repris cette restriction. Selon ses rédacteurs, ce choix volontaire⁶⁹⁰ a pour but de permettre le contrôle des dispositions réglementaires souvent contenues dans les contrats administratifs et les contrats de transport aérien. Dans son rapport d'évaluation sur l'application de la directive, la Commission a constaté qu'il subsiste des obstacles au contrôle des contrats passés par les services publics nationaux, les juges hésitant à exécuter un tel contrôle⁶⁹¹.

⁶⁸⁸ - TENREIRO (M.), Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993), *Europe*, mai 1993, p. 1.

⁶⁸⁹ - Pour saisir le sens de cette expression contenue dans le 14^{ème} considérant de la directive, il faut se référer à la jurisprudence de CJCE en matière de libre circulation.

⁶⁹⁰ Voir en ce sens le Rapport précité de M. Charié, Doc. AN, 1994-1995, n° 1775, p. 12 ainsi que le Rapport Fosset, Doc. Sénat, n° 64, 1^{er} sess. ord., 1994-1995, p. 26.

⁶⁹¹ - Rapport d'évaluation de l'application de la directive 93/13 du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, COM/2000/0248 final, p. 11.

II – Le champ d’application *rationae personae*

286. Si tous les contrats sont visés par la directive, le champ d’application *rationae personae* est doublement limité. Il ne vise que les rapports entre consommateur et professionnel (A), et ne protège que les personnes physiques (B).

A – La limitation aux rapports consommateur-professionnel

287. En vertu de l’article 1^{er}, les dispositions de la directive ne s’appliquent qu’aux contrats passés entre un professionnel et un consommateur, les deux notions étant définies de façon tout à fait classique. Le consommateur est « toute personne physique, qui [...] agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ». Contrairement aux législations de certains Etats membres contenant des dispositions sur les clauses abusives dans des contrats entre entreprises⁶⁹², l’intervention communautaire n’a entendu protéger que le contractant qui est, par nature, ignorant. Il est possible de voir dans cette restriction significative du champ de la protection, une volonté des institutions communautaires de limiter leur intervention aux seules actions dont la base juridique est incontestable. Le lien qui est établi par la Commission, dans son rapport d’évaluation, entre l’idée « d’une plus grande convergence du droit privé » et le champ d’application de la directive, semble révélateur de cette autolimitation. Remarquons, tout de même, que la Commission, à l’issue de ce rapport⁶⁹³, s’interroge vivement sur l’extension du champ d’application *ratione personae*, constatant qu’il est difficile de trouver une quelconque différence dans la situation de « l’adhérent » aux clauses contractuelles selon qu’il agit ou non « dans le cadre de son activité professionnelle ».

288. La loi française du 1^{er} février 1995 transposant la directive⁶⁹⁴ aux contrats conclus « entre professionnels et non professionnels ou consommateurs » présente, sur ce point, une particularité. Les rédacteurs du texte de 1995 rappellent qu’est prise en compte « la situation d’un professionnel concluant un contrat pour ses besoins personnels ou dans le cadre de son

⁶⁹² - C’est le cas aux Pays-Bas, au Portugal, en Espagne. Le droit allemand des clauses abusives protège tous ceux qui, parce qu’ils sont parties à un contrat d’adhésion, n’ont pas pu négocier le contrat, qu’ils soient consommateur ou non.

⁶⁹³ - Rapport d’évaluation précité, p. 26.

⁶⁹⁴ - Pour une étude détaillée de la loi de transposition française, voir : FALLON (M.), Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition en droit interne de la directive 93-13 du 5 avril 1993, *REDC*, 1996, pp. 3-27 ; TESTU (F.-X.), La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives, *D. aff.*, 1996, n°13, p. 372.

activité professionnelle mais en dehors de sa spécialité »⁶⁹⁵. Cette disposition correspond à l'interprétation extensive de la notion de consommateur, retenue par la jurisprudence française⁶⁹⁶. Il semble ressortir d'une jurisprudence, au demeurant fort variable⁶⁹⁷, qu'en droit français, le contrat qui échappe à la compétence professionnelle de l'intéressé n'est pas tout simplement celui qui n'a pas de rapport direct avec l'activité exercée⁶⁹⁸. Dans cette optique il faudrait considérer que le droit français protège le professionnel à condition qu'il soit « placé dans la même position d'ignorance que n'importe quel autre consommateur ». Dès lors ne peut-on pas conclure avec le professeur Larroumet⁶⁹⁹ que dans tous les cas le non professionnel est un consommateur, qu'il ne puisse pas être un professionnel selon les termes même de la loi ou que ce professionnel dusse ponctuellement être considéré comme un consommateur ? Quoi qu'il en soit, la directive prévoit expressément que les Etats membres sont libres d'accorder une protection plus large que celle contenue dans ses dispositions.

B – La limitation aux seules personnes physiques

289. L'inapplicabilité des dispositions de la directive aux personnes morales a été confirmée par la Cour de Justice des Communautés européennes, dans un très récent arrêt *Idealservice*⁷⁰⁰. En assimilant le consommateur aux seules personnes physiques, la directive exclut de sa protection des parties contractantes qui peuvent tout aussi bien être en position de faiblesse face à un professionnel : les petites entreprises⁷⁰¹.

⁶⁹⁵ - Rapport de M. Charié devant l'Assemblée nationale, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁹⁶ - Le 28 avril 1987 la Cour de cassation rejetait le pourvoi dirigé contre un arrêt d'appel qui avait prononcé l'annulation de clauses abusives en application de l'article 2 du décret du 24 mars 1978, au profit d'une société « qui, relativement au contenu du contrat en cause, était [...] dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur » : Cass. civ., 28 avril 1987, *Bull. civ. I*, n°134. Voir notamment : *D.* 1987, p. 455 obs. Aubert ; *JCP*, 1987, II, 20893, note Paisant ; *RTDCiv* 1987, p. 537, obs. Mestre. Cette jurisprudence a été reprise dans le domaine du démarchage à domicile et du crédit à la consommation : Cass. Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, *D.*, 1992, 455, obs. J. Kullmann.

⁶⁹⁷ - Dès 1993 au contraire, et semble-t-il dans le but d'appliquer à l'avance la directive communautaire, la Cour de cassation optait pour une interprétation stricte de la notion de consommateur. La Cour de cassation affirme « que le caractère prétendument abusif de la clause litigieuse ne peut [...] être invoqué à propos d'un contrat de vente conclu entre des professionnels » : Cass. Civ. 1^{ère}, 24 novembre 1993, *Puccini c. Rouy*, *JCP*, 1994, éd. G, II, 22334, note Leveneur.

⁶⁹⁸ - PAISANT (G.), Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi 95-96 du 1^{er} février 1995, *D.*, 1995, p. 99. Cette approche semble ressortir d'un arrêt de 1995 dans lequel la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que les dispositions du Code de la consommation « ne s'appliquent pas aux contrats de fourniture de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant » : Cass. Civ. 1^{ère}, 24 janvier 1995, *Héliogravure Jean Didier c/ Electricité de France*, *Bull. civ.*, I, n°54. Voir notamment : *D.*, 1995, p. 327, note Paisant et *JCP*, 1995, éd. G, IV, 745. Le simple fait d'agir dans le cadre de ses activités professionnelles ne suffit pas, contrairement aux arrêts précédemment cités, à écarter l'application des textes protecteurs du consommateur. Cette jurisprudence a été confirmée, voir notamment : Cass. civ., 3 janvier 1996, *Bull. civ.*, n°9 et Cass. civ., 30 janvier 1996, *Bull. civ.*, I, n° 55.

⁶⁹⁹ - LARROUMET (C.), *Droit civil*, t. 3, *Les obligations ; Le contrat*, Economica, Paris, 3^{ème} éd., 1996, p. 412.

⁷⁰⁰ - CJCE, 22 novembre 2001, *Idealservice*, aff C-541 et C-542/99, encore non publié au *Rec.*

⁷⁰¹ - En ce sens : CHRISTIANOS (V.), PICOD (F.), *Consommateurs, Répertoire communautaire*, Dalloz, n° 142.

290. Dans un souci d'équité et de logique, la directive oblige les Etats membres à prendre les mesures nécessaires afin d'éviter qu'un consommateur ne soit privé de la protection du droit communautaire du fait du choix d'un pays non-membre comme droit applicable au contrat, au moins lorsque que le contrat en question présente un lien étroit avec le territoire d'un des Etats membres.

§2 - La dÉfinition de la clause abusive

291. Pour définir la clause abusive, la directive utilise deux moyens : un principal et un complémentaire. Le premier consiste en une définition générale de la clause abusive (I) dont la souplesse est source d'insécurité juridique et l'imprécision susceptible de nuire à son effet préventif⁷⁰². Le second réside dans l'établissement d'une liste des clauses présumées abusives (II).

I - La définition générale

292. Selon la définition générale donnée à l'article 3 de la directive et largement inspirée des critères retenus par la loi française du 10 janvier 1978, une clause est considérée comme abusive lorsque « n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle » et « en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ».

A – Une clause n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle

293. Le fait que le contrôle ne porte que sur « les clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle » constitue une restriction significative du champ d'application du texte. Cette restriction est intervenue après une âpre bataille entre la Commission et le Parlement, d'un côté, et le Conseil, de l'autre. La proposition initiale de la Commission ne faisait aucune différence entre les clauses standardisées et celles ayant fait l'objet d'une négociation individuelle. Cette restriction du domaine d'application de la directive s'explique aisément. D'une part, on voit mal pourquoi il conviendrait de protéger une partie qui a été en

⁷⁰² - GHESTIN (J.) MARCHESSAUX-VAN MELLE (I.), L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi 95-96 du 1^{er} février 1995, *JCP*, 1995, G, n° 3854, point 13.

mesure de négocier librement les stipulations du contrat. D'autre part, il semble peu probable que les contrats de consommation de masse puissent véritablement contenir des clauses négociées individuellement. Le législateur communautaire ne pouvait se permettre d'opter pour les dispositions du projet de la Commission, il aurait probablement été accusé de porter atteinte de façon injustifiée à la force obligatoire des contrats⁷⁰³. Le bien fondé de la solution adoptée a été établi en pratique, puisque dans la base de données sur les clauses abusives⁷⁰⁴, aucun des cas répertoriés, la négociation individuelle d'une clause n'a été soulevée. En revanche, selon le rapport sur l'application de la directive, il semble que cette restriction au champ d'application ait entraîné des pratiques douteuses chez les professionnels, profitant de la confusion qui peut exister dans l'esprit des consommateurs entre les termes « négociées » et « acceptées » afin d'induire ceux-ci en erreur sur les droits qui leurs sont accordés⁷⁰⁵.

294. Pour contrebalancer le choix de cette conception stricte des clauses pouvant être considérées comme abusives, la directive établit une présomption irréfragable d'absence de négociation lorsque la clause a été rédigée préalablement empêchant ainsi le consommateur d'influencer son contenu. Il s'agit d'une référence directe aux contrats d'adhésion. Or, nous l'avons vu, la majorité des contrats conclus avec des consommateurs peut être qualifiée de la sorte. Il convient de souligner que pour compenser encore sa définition stricte, la directive prévoit que le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle, n'exclut pas le contrôle du reste d'un contrat dès lors qu'il apparaît qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion. Il convient enfin de relever que le dernier alinéa de l'article 3 paragraphe 2, de la directive fait peser la charge de la preuve sur le professionnel, lorsque celui-ci prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle. Dès lors la restriction opérée n'a que peu d'importance et la définition donnée des clauses abusives reste suffisamment large pour trouver à s'appliquer dans de très nombreux cas.

295. La conception communautaire a pu sembler être insuffisamment protectrice. C'est en tout cas l'opinion du législateur français puisqu'il ne reprend pas la restriction relative au caractère non négocié des clauses abusives⁷⁰⁶. Comme le suggérait le Comité Consultatif des Consommateurs : le professionnel peut abuser le consommateur en profitant de sa puissance

⁷⁰⁴ - La base de données sur les clauses abusives (CLAB), est un instrument créé par la Commission européenne afin d'assurer le suivi de l'application de la directive.

⁷⁰⁵ - Rapport de la Commission sur l'application de la directive 93/13, précité, p. 11.

⁷⁰⁶ - La France est loin d'être le seul Etat dans ce cas. Les Pays-bas, la Finlande, la Suède et certains autres Etats n'ont pas transposé cette disposition.

économique ou de la faiblesse du consommateur, alors même que les clauses ont fait l'objet d'une négociation individuelle. L'article 1^{er} de la loi française dispose donc simplement que les clauses abusives sont des clauses qui « ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du non-consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat », sans qu'aucune référence soit faite à leur négociation éventuelle. La directive précise, de manière tout à fait logique, que le caractère abusif d'une clause est apprécié en tenant compte de la nature des biens et services faisant l'objet du contrat, et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toute autre clause du contrat ou d'un autre contrat dont il dépend, la force des positions respectives de négociation des parties entrant en ligne de compte. L'ancien article L 132-1 du code de la consommation, tel qu'il résultait de la loi du 10 janvier 1978, retenait comme critère révélant le caractère abusif d'une clause celui de l'abus de puissance économique du professionnel. Ce critère n'ayant pas été retenu par le législateur communautaire, les rédacteurs de la loi française de transposition ont choisi de le faire disparaître contre la volonté de certains parlementaires. En effet, réintroduire ce critère dans la définition de la clause abusive aurait conduit à rendre le texte français moins protecteur que le texte communautaire⁷⁰⁷.

B – Une clause contraire à l'exigence de bonne foi créant un déséquilibre significatif

296. La référence à l'exigence de bonne foi s'inspire des dispositions de la loi allemande du 9 décembre 1976 qui condamnent « les dispositions des conditions générales qui désavantagent de manière anormale le cocontractant de l'utilisateur, au mépris des principes de bonne foi et d'équité ». La loi française, quant à elle, ne caractérise pas la clause abusive par rapport à l'exigence de bonne foi. Cette référence a probablement paru inutile aux rédacteurs français qui présupposent, sans doute, la mauvaise foi du professionnel qui propose au consommateur un contrat présentant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations en présence. Tel est en tout cas l'avis du professeur Paisant qui affirmait dans ses

⁷⁰⁷ - Si cette question est importante d'un point de vue théorique, ses répercussions pratiques semblent devoir être moindres. La Cour de cassation française considère, en effet, que l'abus de puissance économique est inhérent aux contrats d'adhésion et que dans ce cadre les consommateurs n'ont pas à se préoccuper de rapporter la preuve de son existence : Cass. civ., 6 janvier 1994, *JCP*, 1994, II, 22237, note Paisant. Sachant que la quasi-

« propositions pour une réforme du droit des clauses abusives après la directive du 5 avril 1993 » : « Préciser, comme le fait la directive, que la clause abusive est contraire à l'exigence de bonne foi n'ajoute rien à la notion si ce n'est une part d'interrogation dont on proposera volontiers de se dispenser. Comment penser que le professionnel pourrait rester de bonne foi alors qu'il abuserait de sa supériorité économique pour obtenir des avantages manifestement excessifs au détriment du consommateur ? ». Le déséquilibre significatif entre les droits des parties demeure donc le seul critère de la clause abusive pour le droit positif français.

297. En application du paragraphe 2 de l'article 4, l'appréciation du caractère abusif ne peut porter ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services et les biens fournis en contrepartie, d'autre part, dès lors que ces clauses sont rédigées de façon claire et compréhensible. Il s'agit là de la transcription d'un principe connu de nombreuses législations nationales selon lequel, l'autorité publique doit s'abstenir d'intervenir dans le processus de fixation du prix, le principe de la liberté contractuelle l'emportant ici nettement sur la justice commutative. La Commission a précisé, par la suite, que les clauses relatives au prix sont soumises aux contrôles prévus par la directive, notamment celles qui sont relatives au mode de calcul ou à la modification du prix, l'exclusion ne concernant que l'adéquation entre le prix et les biens ou services à fournir⁷⁰⁸.

Une grande partie des Etats membres n'a pas transposé cette restriction, sans que cela pose de problème d'application⁷⁰⁹. Le fait que la loi française, au contraire, ait retenu cette restriction⁷¹⁰, doit être analysé par référence à certaines dispositions françaises et, en particulier, aux règles applicables à la rescision pour lésion. Ce tempérament au principe de la force obligatoire des contrats pour tenir compte d'un préjudice pécuniaire ressortant d'un déséquilibre entre les prestations de chaque partie, n'est admis par le Code civil que de façon très restrictive⁷¹¹. Il est donc tout à fait logique que le législateur français, à l'instar du droit communautaire, n'applique pas l'interdiction des clauses abusives aux clauses contractuelles relatives au prix de l'objet du contrat. Mais si la loi française reprend la restriction communautaire, elle le fait de façon plus stricte puisqu'elle s'abstient, de la subordonner au caractère clair et compréhensible de ces clauses. Il est indéniable que la France, par le biais de

totalité du contentieux des clauses abusives naît dans le cadre des contrats d'adhésion, le critère de l'abus de puissance économique se révèle être sans grande importance en pratique.

⁷⁰⁸ - Rapport d'évaluation précité, p. 12.

⁷⁰⁹ - Rapport d'évaluation précité, p. 11.

⁷¹⁰ - Article L. 132-1 alinéa 7 de la loi 95-96 du 1^{er} février 1995 qui dispose : « L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert ».

la loi de transposition de 1995 offre une protection du consommateur face aux clauses abusives qui va bien au-delà des dispositions de la directive puisque l'alinéa 4 de l'article L 132-1 du Code de la consommation, tel que modifié par la loi de 1995, précise que les dispositions qu'elle contient « sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garanties, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies » Le rédacteur national a entendu, contrairement aux dispositions de la directive, ne pas limiter le domaine des clauses abusives à celui des contrats d'adhésion.

II - Les clauses présumées abusives

298. A côté de la définition générale, la directive contient une liste des clauses pouvant être déclarées abusives. La doctrine parle de « liste grise » et non de « liste noire » Une « liste noire » serait une liste qui contiendrait des clauses purement et simplement interdites ⁷¹², alors que la « liste grise », elle, contient des stipulations présumées abusives jusqu'à preuve du contraire ⁷¹³. A côté de la première partie de l'annexe qui contient la fameuse liste « grise » (A), figure une deuxième partie qui énumère les dérogations (B) qui sont apportées à la première.

A – La liste « grise »

299. Conformément aux vœux du Parlement européen ⁷¹⁴ et du Conseil ⁷¹⁵ et en dépit de l'insistance de la Commission ⁷¹⁶ pour que la liste soit dotée d'un caractère contraignant, celle-ci n'est qu'une liste indicative. En conséquence, une clause contractuelle qui correspond à l'un des exemples fournis n'est pas automatiquement abusive et inversement, une clause qui semble autorisée par l'annexe n'en est pas pour autant « non abusive ». Malgré cette nature indicative, la liste permet à tous, consommateurs et professionnels, de mieux cerner le contenu de ladite définition. C'est pourquoi, les Etats membres ont l'obligation de faire figurer les

⁷¹¹ - Article 1118 du Code civil : « La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section. ».

⁷¹² - Selon le professeur Paisant, « ce système est tout le contraire d'une « liste noire », c'est à dire d'une énumération des clauses toujours frappées d'inefficacité à l'égard des consommateurs », PAISANT (G.), Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1er février 1995, *op. cit.*, p. 105.

⁷¹³ - Toujours selon le professeur Paisant une « liste grise » est une liste de clauses « présumées abusives à l'égard des consommateurs sous la réserve de la preuve contraire par le professionnel », *Ibid.*, p. 105.

⁷¹⁴ - Amendement n° 11 adopté le 20 novembre 1991.

⁷¹⁵ - Position commune du 22 septembre 1992.

dispositions qu'elle contient dans leur acte de transposition, afin d'assurer une certaine sécurité juridique aux particuliers ⁷¹⁷.

300. Le caractère hétéroclite de cette liste a fait dire à certains auteurs qu'il s'agit d'un « bric à brac » décevant ⁷¹⁸. De l'aveu même de la Commission européenne, l'affirmation n'est pas dénuée de tout fondement puisque celle-ci constate ⁷¹⁹: « La jurisprudence a démontré que la façon dont la liste est rédigée affaiblit sa portée dans la pratique. En effet, elle contient des clauses souvent libellées d'un manière vague, avec la conséquence qu'une seule clause peut cerner un grand nombre de clauses contractuelles différentes ». Plusieurs classifications peuvent cependant être opérées au sein cette liste. Il est notamment possible de distinguer trois grandes catégories de clauses contractuelles : celle relatives à la responsabilité du professionnel, celle relatives à la résiliation, prorogation et modification du contrat, et enfin, les clauses qui prévoient l'exclusion ou la limitation des droits du consommateur ⁷²⁰. Mais force est de constater que l'énumération faite dans l'annexe de la directive est fort disparate : l'ordonnancement des différentes clauses citées comme étant abusives ne présente pas, *a priori*, une apparence cohérente. Il convient en outre d'avouer, à l'instar du professeur Huet que la liste annexée au texte de la directive adoptée le 5 avril 1993 se révèle décevante en comparaison de celle qui résultait de la proposition de directive de 1990 ⁷²¹: le texte était rédigé de façon plus claire et surtout il contenait des dispositions plus protectrices, notamment un point relatif aux droits des acheteurs de biens et de services les protégeant contre les clauses limitant les garanties relatives au bien ou à la prestation en cause. Une étude ordonnancée du contenu de la liste finalement adoptée se révèle cependant nécessaire pour cerner l'intérêt de la directive du 5 avril 1993. La classification la plus pragmatique possible semble être souhaitable : nous distinguerons donc les clauses selon qu'elles sont relatives à la formation (1), à l'exécution du contrat (2) et enfin au contentieux contractuel (3).

1 – Les clauses relatives à la formation du contrat

⁷¹⁶ - Proposition modifiée du 5 mars 1992, *JOCE* du 24/03/1992, C-73.

⁷¹⁷ - En ce sens, voir le rapport d'évaluation précité, p. 12.

⁷¹⁸ - Voir notamment : HUET (J.), *Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives*, *op. cit.*, p. 3, qui évoque « le bric à brac des clauses susceptibles d'être réputées abusives » ou qui affirme que la liste des clauses pouvant être déclarées abusives « se révèle passablement hétéroclite, et surtout décevante »

⁷¹⁹ - Rapport précité, p. 13.

⁷²⁰ - C'est la classification préconisée par Messieurs Christianos et Picod dans l'étude qu'ils consacrent à la directive dans le *Répertoire communautaire* Dalloz, *op. cit.*, p. 20

⁷²¹ - Proposition de directive du 28 septembre 1990, *JOCE*, n° C-243/2, reproduite aussi en annexe de l'article de Jérôme Huet, *op. cit.*, p. 7.

301. Parmi les clauses relatives à la formation du contrat, sont réputées abusives les clauses constatant de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses qu'il n'a pas pu effectivement connaître avant la conclusion du contrat⁷²². Cette prescription de l'annexe est conforme à ce qui est déjà largement admis dans les Etats membres en général et en France en particulier : le consommateur n'est engagé que par le biais de clauses dont il a pu ou dû, avoir connaissance. Sont sanctionnées de façon équivalente les clauses prévoyant que le prix à payer est déterminé à la livraison, ce qui renvoie au principe connu du droit français selon lequel une vente est nulle si le prix est indéterminé au moment de la conclusion du contrat⁷²³. De la même façon, une clause est réputée abusive si elle autorise le professionnel à augmenter le prix à moins que le consommateur ait le droit de rompre le contrat si le prix final est trop élevé par rapport au prix convenu dans le contrat⁷²⁴. Les clauses prévoyant que c'est le professionnel qui détermine la conformité de l'objet du contrat, ou le droit exclusif d'interpréter une clause quelconque du contrat peuvent elles aussi, être déclarées abusives⁷²⁵. Les clauses qui prévoient un engagement ferme de la part du consommateur alors que le professionnel, lui, est engagé à des obligations dont la réalisation dépend de sa seule volonté sont traitées de la même façon⁷²⁶ ; cette disposition correspond à l'interdiction française des conditions purement potestatives.

2 – Les clauses relatives à l'exécution du contrat

302. Concernant les clauses relatives aux effets du contrat, nous pouvons distinguer, d'une part, les clauses qui limitent la responsabilité du professionnel ou qui aggravent celle du consommateur et, d'autre part, celles qui sont relatives au terme ou aux modifications du contrat. Dans la première catégorie peut-être classé le point *a* de l'annexe. Il s'agit d'une prescription éminemment classique⁷²⁷ : est réputée abusive la clause ayant pour objet ou pour effet de limiter la responsabilité du professionnel en « cas de mort ou de dommage corporel causé au consommateur »⁷²⁸. La gravité du dommage subi a pour conséquence que ce type de clause est réputé abusive par l'ensemble des droits nationaux, l'apport de la directive sur ce point est de ce fait négligeable. La même solution est prévue pour les clauses restreignant l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de

⁷²² - Point *i* de l'annexe.

⁷²³ - Sur ce point voir : COLLART-DUTILLEUL (F.) DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., p. 128, n°142.

⁷²⁴ - Point *l* de l'annexe.

⁷²⁵ - Point *m* de l'annexe.

⁷²⁶ - Point *c* de l'annexe.

⁷²⁷ - Le droit français connaît des prescriptions équivalentes, notamment dans le décret du 24 mars 1978.

soumettre ces engagements à l'accomplissement d'une formalité particulière⁷²⁹. L'annexe envisage ensuite les clauses qui aggravent la responsabilité du consommateur : sont ainsi réputées abusives les clauses prévoyant une indemnité disproportionnée en cas d'inexécution du contrat par le consommateur⁷³⁰, ainsi que celles prévoyant que le professionnel peut retenir des sommes versées par le consommateur lorsque ce dernier renonce à conclure ou à exécuter le contrat, si une clause équivalente n'est pas prévue au profit du consommateur⁷³¹. Sont ensuite citées les clauses obligeant le consommateur à exécuter ses obligations alors que le professionnel n'exécute pas les siennes⁷³², ce qui est évidemment conforme au principe d'exécution réciproque des contrats synallagmatiques et qui renvoie à l'*exceptio non adimpleti contractus* en vertu de laquelle une partie à un contrat synallagmatique ne peut être contrainte d'exécuter son propre engagement à partir du moment où l'autre partie n'exécute pas le sien. L'annexe envisage ensuite les clauses relatives au terme ou aux modifications du contrat. Peuvent être réputées abusives celles qui autorisent le professionnel à résilier ou à modifier le contrat de façon discrétionnaire alors que le consommateur ne se voit pas reconnaître la même faculté⁷³³. Ce principe faisait déjà partie intégrante du droit français puisqu'il était contenu dans l'article 3 du fameux décret de 1978. La même solution prévaut pour les clauses qui autorisent le professionnel à mettre fin, sans préavis raisonnable, à un contrat à durée déterminée, sans pour autant que soit donnée une idée de ce que l'on peut entendre par « délai raisonnable ». Sont enfin citées les clauses qui permettent au professionnel de proroger automatiquement un tel contrat en l'absence d'expression contraire du consommateur⁷³⁴ ou encore celles qui autorisent le professionnel à céder le contrat dès lors que la cession est susceptible d'entraîner une diminution des garanties pour le consommateur⁷³⁵.

303. Le point *b* de l'annexe pourrait être mis à l'écart. Il dispose qu'est réputée abusive la clause qui a pour objet ou pour effet « d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur [...] en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel d'une quelconque de ces obligations contractuelles ». Le caractère particulièrement flou de cette formulation est susceptible d'entraîner des interprétations divergentes. Soit, il s'agit d'une prescription générale interdisant les abus les

⁷²⁸ - Point *a* de l'annexe.

⁷²⁹ - Point *n* de l'annexe.

⁷³⁰ - Point *e* de l'annexe.

⁷³¹ - Point *d* de l'annexe.

⁷³² - Point *o* de l'annexe.

⁷³³ - Points *f* et *j* de l'annexe.

⁷³⁴ - Points *g* et *h* de l'annexe.

⁷³⁵ - Point *p* de l'annexe.

plus criants de la part du professionnel en matière notamment de garantie ou de responsabilité ; soit, c'est une disposition à rapprocher de celles relatives aux possibilités d'action en justice des consommateurs. En tout état de cause, cette prescription ne semble pas devoir bouleverser ni le droit français ni les autres législations nationales.

3 – Les clauses relatives au contentieux du contrat

304. Concernant les clauses relatives aux possibles recours en justice du consommateur contre le professionnel sont, de manière générale, réputées abusives toutes les clauses susceptibles d'entraver ou de supprimer le droit du consommateur d'agir en justice ⁷³⁶, et plus particulièrement celles qui obligent le consommateur à saisir une juridiction d'arbitrage non couverte par les dispositions légales ou encore celles qui limitent indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur ou qui font supporter à celui-ci, contrairement au droit applicable, la charge de la preuve. Soulignant le déséquilibre qui peut naître au détriment d'un consommateur lorsque le professionnel insère une clause de ce type dans un contrat, la Cour de Justice des Communautés européennes a déclaré qu'une clause, qui a pour objet de conférer la compétence pour tous les litiges découlant du contrat à la juridiction du ressort de laquelle se trouve le siège du professionnel, « fait peser sur le consommateur l'obligation de soumettre à la compétence exclusive d'un tribunal qui peut être éloigné de son domicile » ce qui pourrait « se révéler dissuasif et conduire ce dernier à renoncer à tout recours judiciaire ou à toute défense ». La Cour a, par ailleurs, déclaré qu'une clause de ce type qui entre dans la catégorie de celles qui peuvent entraver l'exercice d'action en justice peut être soulevée d'office par le tribunal saisi d'un litige relatif au contrat conclu ⁷³⁷.

B – Les dérogations

305. La seconde partie de l'annexe, intitulée « portée des points *g*, *j* et *l* » est consacrée aux dérogations applicables aux clauses de la liste relatives à la résiliation ⁷³⁸, à la modification du contrat ⁷³⁹ mais aussi aux modalités de fixation du prix ⁷⁴⁰. Ces dérogations concernent essentiellement les contrats de fourniture de services financiers. Elles permettent notamment au fournisseur, sans préavis, de mettre fin au contrat à durée indéterminée, de modifier unilatéralement les clauses du contrat ainsi que de modifier le taux d'intérêt dû par le

⁷³⁶ - Point *q* de l'annexe.

⁷³⁷ - CJCE, 27 juin 2000, *Murciano Quintero*, aff C-240 et 244/98, *Rec.* p. 4941.

⁷³⁸ - Point *g* de l'annexe.

⁷³⁹ - Point *j* de l'annexe.

consommateur. De telles dérogations peuvent paraître contraires à l'objectif de la directive, mais le législateur communautaire a tenu compte du particularisme des contrats financiers, souvent tributaires de la fluctuation des cours et des indices boursiers.

306. La liste édictée contient des solutions déjà largement admises dans les législations nationales et ne bouleversent pas les textes nationaux qui lui étaient antérieurs. Les dispositions de l'article 35 de la loi française du 10 janvier 1978 prévoyaient, non seulement, la quasi-totalité des clauses énoncées par la directive, mais en contenaient aussi certaines que le droit communautaire a ignorées. Pourtant, contrairement à l'opinion de certains auteurs qui déduisaient de l'étude de l'annexe de la directive que les autorités françaises n'auraient pas besoin de modifier leur législation, la directive a été nous l'avons vu, transposée en droit français par la loi du 1^{er} février 1995. Ce texte contient une liste « indicative ⁷⁴¹ et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives » qui est exactement calquée sur la liste communautaire. Comme la Belgique, la France a mis en place, en application de la directive, une commission administrative indépendante, la commission des clauses abusives, chargée de recommander la suppression de ces clauses dans les contrats types proposés aux consommateurs et de les remplacer par les stipulations qui lui semblent souhaitables. La Commission française des clauses abusives a édicté sa propre liste des clauses réputées abusives, mais le législateur a préféré reprendre les clauses retenues par le législateur communautaire ⁷⁴².

Si les conditions d'application du texte communautaire en limitent en partie la portée, le contenu de la protection qu'il instaure se révèle, quant à lui, plus ambitieux.

⁷⁴⁰ - Point I de l'annexe.

⁷⁴¹ - La liste est en effet dépourvue de toute valeur juridique, elle ne constitue qu'une référence pour le juge qui garde sa faculté d'appréciation.

⁷⁴² - Paradoxalement la loi française est plus restrictive que son modèle. Selon l'alinéa 3 de l'article 1^{er} de la loi, les clauses présentées dans la liste seront « regardées comme abusives » si « elles satisfont aux conditions posées au premier alinéa » c'est à dire si elles ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Il ne suffit donc pas que la clause en question soit prévue dans le texte de la loi, il faut en plus qu'elle corresponde au critère du déséquilibre significatif. Le texte français effectue, en outre, un renversement de la charge de la preuve par rapport au texte communautaire puisqu'il dispose qu'« en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif de cette clause ». Cette précision, prise en contradiction avec le droit communautaire mais aussi avec le projet de Code de la consommation rédigé sous la direction du professeur Calais-Auloy, étant destinée selon, M.A. Fosset, à éviter un contentieux abondant et inutile en interprétation de telles clauses qui risqueraient finalement de nuire aux intérêts des consommateurs. Voir : Rapport devant le Sénat rendu au nom de la Commission des affaires économiques et du plan, Doc. Sénat, 1994-1995, 1^{ère} sess. ord., n° 64, p. 30. Cette restriction par rapport au texte communautaire a fait dire au professeur Paisant que la loi française ne contenait ni « liste noire » ni « liste grise » : PAISANT (G.), Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi 95-96 du 1^{er} février 1995, *op. cit.*, p. 105.

Section 2

LE CONTENU DE LA PROTECTION

307. Dans la relation contractuelle qui se noue entre un professionnel et un consommateur, l'effectivité du consentement de ce dernier est affectée par son insuffisante information. C'est pourquoi, les droits du contractant profane sont protégés par la réglementation de la présentation et de l'interprétation des dispositions contractuelles (§1) puis par l'élimination des clauses réputées abusives (§2).

§1 - la prÉsentation et L'INTERPRÉTATION DES CONTRATS

308. Il s'agit de permettre au consommateur de connaître mieux, non pas les qualités du produit ou du service qu'il achète, ce qui dépasserait largement le cadre des compétences du législateur communautaire, mais les modalités juridiques de la convention qu'il accepte. Cela passe par un droit à la clarté des clauses contractuelles (I) mais aussi par une règle d'interprétation spécifique aux clauses qui demeurent ambiguës (II).

I – Le droit à la clarté des clauses contractuelles

309. L'inégalité entre les parties concernant le contenu du contrat est évidente : s'agissant dans la quasi-totalité des cas de contrats d'adhésion, le professionnel en connaît précisément les clauses, les ayant rédigées ou souvent pratiquées, alors que le consommateur qui n'a pas participé à cette étape de la formation du contrat s'est contenté d'y adhérer. Il s'agit donc d'éviter que le professionnel ne profite de la faiblesse du consommateur pour lui faire accepter un contrat dont ce dernier ne connaît pas toutes les clauses. Dans cet objectif, l'article 5 de la directive exige que, dans un contrat écrit entièrement ou en partie, les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.

Une telle disposition, posant le principe de transparence, peut sembler n'être qu'une pétition de principe et aurait mérité des précisions. La proposition modifiée de directive, présentée par la Commission en 1992, imposait un formalisme informatif, nettement plus efficace. Dans le but de permettre au consommateur de s'engager en pleine connaissance de cause, l'article 5 comportait un deuxième paragraphe qui disposait : « Indépendamment du caractère abusif ou non, les clauses n'ayant pas fait l'objet de négociation individuelle ne sont

considérées comme ayant été acceptées par le consommateur que lorsque celui-ci a eu effectivement l'opportunité d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat ». Or, le Conseil supprima ce principe, estimant qu'il ne relevait pas du cadre juridique de la directive, mais des règles nationales relatives à la formation des contrats. Afin de pallier l'insuffisante protection du consommateur face à la pratique qui consiste à faire figurer des clauses, en caractères microscopiques, dans des documents annexes au contrat non soumis à la signature des parties, le 20^{ème} considérant de la directive a donc été ajouté. Cette disposition doit être reliée avec le point *i* de l'annexe qui présume abusive une clause constatant de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu effectivement connaissance avant la conclusion du contrat, prévoit que le consommateur doit avoir eu l'occasion de prendre connaissance de toutes les clauses. Le droit pour le consommateur de prendre connaissance de l'ensemble des stipulations contractuelles, avant la conclusion du contrat, n'est donc garanti par aucune disposition contraignante de la directive. Le recul des institutions communautaires concernant ce point pourtant essentiel de la protection contre les clauses abusives, traduit parfaitement le souci de ces dernières de ne pas intervenir de façon excessive dans la sphère contractuelle respectant en cela les compétences nationales. Effectivement, au nom de l'exigence classique de la réalité du consentement, les juges nationaux veillaient déjà à vérifier que le consommateur avait bien adhéré à ces clauses dont l'emplacement est douteux⁷⁴³. Il en est de même pour les stipulations prétendument incluses dans le contrat par voie de référence à des documents annexes, lorsque le consommateur n'a pas eu la possibilité matérielle de prendre connaissance de la clause de renvoi. Malgré ces prescriptions, la présence d'une clause ambiguë ne peut être totalement exclue. Une règle d'interprétation spécifique a donc été inscrite dans la directive pour parer à cette éventualité.

II - L'interprétation des clauses ambiguës

310. L'article 5 de la directive dispose quant à lui qu'« en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut ». Cette disposition met en œuvre l'adage *contra proferentem* qui prévoit que, contre toute vraisemblance, une clause ambiguë doit toujours être interprétée contre son rédacteur et par extension contre son utilisateur. On considère ici que c'est le rédacteur qui doit « supporter les conséquences des

⁷⁴³ - A titre d'exemple on peut citer un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation française, qui déclarait inopposables au consommateur les clauses d'un contrat de vente mobilière qui « se trouvaient au milieu de nombreuses autres dispositions figurant au dos du bon de commande signé au recto seulement » au motif que le consommateur pouvait ne pas les avoir remarquées. Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mai 1979, *Bull. civ. I*, n°128.

imperfections et des interrogations engendrées par l'imprécision de sa plume »⁷⁴⁴. Cette application tient compte du fait, que dans de nombreux cas, l'ambiguïté de la clause est volontaire, l'objectif du rédacteur étant de « voiler derrière un rideau de fumée »⁷⁴⁵ des clauses qui, si elles avaient été claires, n'auraient certainement pas été acceptées.

311. La loi française de transposition de la directive a expressément retranscrit ce principe⁷⁴⁶ pourtant largement connu du droit commun des obligations. L'idée de l'interprétation dans le sens favorable à la partie la plus faible avait été émise par Domat au XIX^{ème} siècle⁷⁴⁷ et a été systématisée par le Code de 1804. L'article 1162 dispose ainsi « dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation » La jurisprudence, quant à elle, utilisait déjà fréquemment cette règle d'interprétation⁷⁴⁸. L'indication expresse de ce principe dans la directive communautaire et par conséquent dans la législation de tous les Etats membres permettra sans aucun doute aux juges de donner un sens équitable à une clause sans avoir à effectuer un contrôle concret de son contenu.

La définition de la notion de clause abusive ainsi que l'édition d'une liste indicative auraient été vaines si les rédacteurs de la directive n'avaient pas prévu les modalités concrètes d'élimination des clauses abusives.

§2 - L'Élimination des clauses abusives

312. Afin d'éliminer toute clause abusive des contrats conclus avec les consommateurs, la directive allie deux méthodes différentes : la répression, d'une part, en déterminant le sort réservé à une telle clause et au contrat qui la contient (I), et la prévention, d'autre part, en obligeant les Etats membres à certaines actions préventives (II).

⁷⁴⁴ - Selon l'expression de Monsieur Gilles Paisant, *D.*, 1995, p. 107.

⁷⁴⁵ - CALAIS-AULOY (J.) STEINMETZ (F.), *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 5^{ème} éd., 2000, p. 182.

⁷⁴⁶ - Alinéa 2 de l'article L. 133-2 du Code de la consommation tel qu'il résulte de l'article 3 de la loi du 1er février 1995.

⁷⁴⁷ - DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, T.I, livre I, Section 2, article XVI : « Si l'obscurité, l'ambiguïté ou tout autre vice d'une expression est un effet de la mauvaise foi ou de la faute de celui qui doit expliquer son intention, l'interprétation s'en fait contre lui, parce qu'il a dû faire entendre nettement ce qu'il entendait ».

⁷⁴⁸ - A titre d'exemple voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juin 1985, *Bull. civ.* I, n°175 ; CA, Aix-en-Provence, 22 janvier 1992, *D.*, 1993, p. 26.

I – La sanction du caractère abusif

313. La sanction logique d'une clause abusive est son éradication. Mais le sort de la clause concernée pose nécessairement la question de celui du contrat qui la contient. Le législateur communautaire prévoit à la fois le droit à l'inefficacité de la première (A) et au maintien du second (B).

A – Le droit à l'inefficacité de la clause

314. La directive est très souple sur les techniques à mettre en œuvre pour l'élimination des clauses réputées abusives. L'article 6 impose seulement aux Etats membres de faire en sorte que de telles clauses « ne lient pas les consommateurs », tout en laissant aux Etats la définition du régime juridique applicable dans ce cas. Ce peut être indifféremment la nullité absolue ou relative, l'inopposabilité ou encore l'inexistence⁷⁴⁹. L'Allemagne, la Belgique, le Portugal, la Suède, les Pays-bas et le Danemark ont opté pour cette dernière solution. L'Italie affirme, quant à elle, que ces clauses sont « inefficaces », alors que la Grèce, le Royaume-Uni et l'Irlande se contentent de reprendre l'expression de la directive : ces clauses « ne lient pas le consommateur ». Le Luxembourg enfin répute ces clauses « nulles et non écrites ».

315. L'article L 132-1 du code de la consommation français transposant la directive affirme que les clauses abusives sont « réputées non écrites ». L'inscription de cette formule plutôt que celle de la nullité résulte d'un choix délibéré du législateur français, qui reprend les termes employés dans la loi de 1978. Il s'agit d'une sanction civile originale, qui sur le plan théorique ne doit pas être confondu avec la nullité. Pour reprendre une analogie utilisée par Messieurs Trochu, Trémorin et Brechon⁷⁵⁰, avec le domaine du mariage : « il peut y avoir entre le caractère non écrit et la nullité, la distinction qui a pu être faite [...] entre le mariage inexistant parce qu'impossible par la nature des choses, tel celui entre personnes du même sexe, et le mariage nul, possible par la nature des choses mais invalide par la nature du droit, tel celui opéré en l'absence d'un consentement autorisé ». Cette sanction, répandue en droit français, relève de la fiction juridique : une clause réellement écrite n'est pas écrite. Il s'agit

⁷⁴⁹ - Pour une étude poussée de l'application de la directive dans les différents Etats membres voir : PAISANT (G.), La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l'Union européenne, in : OSMAN (F.), *Vers un code européen de la consommation*, Actes et débats du colloque de Lyon des 12 et 13 décembre 1997, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 165-177.

⁷⁵⁰ - TROCHU (M.) TREMORIN (Y.) BERCHON (P.), Le protection des consommateurs contre les clauses abusives : études de la législation française du 10-01-1978, *op. cit.*, p. 248

d'une « pure et simple méconnaissance -théoriquement volontaire de la réalité »⁷⁵¹. La conséquence du choix de cette fiction juridique, en théorie, est que le consommateur peut valablement refuser d'exécuter une clause réputée non écrite sans avoir pour cela à saisir le juge, puisque, comme le rappelle régulièrement la Cour de cassation, une clause réputée non écrite est censée n'avoir jamais existé. Contrairement à une clause nulle, une clause non écrite n'a pas besoin d'être invalidée par un juge. Si la sanction choisie par le législateur français se caractérise par une certaine originalité théorique, il faut bien avouer que dans les faits cette originalité s'efface. On ne peut opérer de réelle distinction pratique entre la clause réputée non écrite et la clause nulle⁷⁵². De plus, si cette sanction a été choisie dans le but de permettre au consommateur de refuser d'exécuter une telle clause sans saisir la justice, il faut bien reconnaître que ce choix est vain. Imagine-t-on qu'un consommateur, inexpérimenté, mal informé, reconnaîtra le caractère abusif d'une clause ? Et, dans cette éventualité est-il vraisemblable qu'il prendra le risque de ne pas l'exécuter ? La timidité juridique qui caractérise encore aujourd'hui le consommateur l'en empêchera probablement. Le législateur français n'avait-il pas fait le choix de la clause réputée non écrite afin d'éviter de se voir opposer la théorie de la cause impulsive et déterminante ? Selon cette théorie, lorsqu'un élément du contrat constitue la cause impulsive et déterminante de l'engagement de l'une des deux parties, l'annulation de cet élément entraîne l'annulation du contrat en son ensemble. Il nous semble cependant peu probable qu'un juge puisse un jour constater que l'insertion d'une clause abusive dans un contrat a été la cause impulsive et déterminante de l'engagement d'un professionnel⁷⁵³. Le choix opéré par la loi française aura alors eu pour seul mérite d'éviter d'avoir à en faire un autre : celui entre la nullité absolue et la nullité relative. Ou peut-être qu'en réputant ces clauses non écrites, le législateur a entendu ne pas donner aux juges le pouvoir d'invalider ces clauses, invalides par nature, se gardant ainsi d'être suspecté d'encourager la toute puissance de ceux-ci. A moins que l'expression clause « non écrite », synonyme d'inexistante, ait semblé plus simple et donc plus efficace vis-à-vis du consommateur que celle de nullité. Quoi qu'il en soit la liberté de choix qu'offre la directive aux Etats membres pour déterminer la sanction à appliquer à une clause réputée abusive, est

⁷⁵¹ - HOUIN (R.), Le problème des fictions en droit privé, in : *Travaux de l'association H. Capitant*, Dalloz, 1948, 243.

⁷⁵² - D'ailleurs certains spécialistes continuent à employer le terme de nullité en ce qui concerne les clauses abusives, voir à titre d'exemple : DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Droit commercial*, Domat, Montchrestien, Paris, 7^{ème} éd., 2001, p. 419, n° 511 ; LARROUMET (C.), *Droit civil*, op. cit., n° 439.

⁷⁵³ - D'une part, la nature des clauses réputées abusives au sens de la directive et du droit français ne semble pas pouvoir plaider en ce sens et, d'autre part, cette cause impulsive et déterminante de l'engagement du professionnel sera plus vraisemblablement le prix à payer par le consommateur.

une manifestation de ce que la directive demeure, en dépit de ce que l'on a pu lire, un instrument qui laisse une marge de manœuvre importante aux Etats membres.

B – Le droit au maintien du contrat

316. La directive prévoit que le reste du contrat peut rester contraignant pour les deux parties dès lors qu'il peut subsister sans les clauses en question. En effet, comme le note le Professeur Ghestin, autoriser le professionnel à lier le sort du contrat à celui d'une clause abusive reviendrait, en pratique, à lui permettre de subordonner l'obtention des biens et services objets du contrat à l'acceptation d'une telle clause. Il importe donc, pour éviter ce piège, que la clause abusive puisse être « détachée » du contrat qui la contient. C'est à titre tout à fait exceptionnel, lorsque la clause en question serait particulièrement nécessaire à l'existence même du contrat, que l'on pourrait exiger l'annulation de celui-ci dans sa totalité. Nous venons de le voir, la théorie de la cause impulsive et déterminante qui permettrait d'annuler le contrat dans son entier s'il contient une clause réputée abusive, ne trouvera quasiment jamais à s'appliquer dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur. La clause réputée non écrite peut donc être comparée à une « bombe propre »⁷⁵⁴ qui laisse intact le reste du contrat⁷⁵⁵. A côté de la réglementation du régime juridique des clauses réputées abusives, la directive encourage le développement des actions des associations de consommateurs pour lutter contre ce type de clauses.

II – L'encouragement des actions préventives

317. L'article 7 prévoit que les Etats membres ont l'obligation de mettre en œuvre les moyens « adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs » Ces moyens comprennent des actions collectives entamées par des organisations de consommateurs devant les tribunaux ou administrations compétents. La directive a prévu la mise en œuvre de cette possibilité. Ainsi, elle indique que l'application de l'adage *contra proferendum* exigeant une interprétation favorable au

⁷⁵⁴ - KULLMAN (J.), Remarques sur les clauses réputées non écrites, *D.*, 1993, p. 62.

⁷⁵⁵ - L'alinéa 8 de l'article 1^{er} de la loi française de transposition reprend quasi textuellement les dispositions de la directive sur ce point. L'alinéa 8 est ainsi rédigé : « Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses ».

consommateur en cas de clause ambiguë, est expressément exclue dans le cadre des actions intentées par les organisations de consommateurs. Cette restriction peut paraître paradoxale, mais elle s'explique aisément par le caractère nécessairement abstrait d'une action préventive. Un tel type d'action suppose en effet : « une appréciation abstraite du caractère abusif d'une clause contenue dans un modèle de convention habituellement proposé aux consommateurs alors que la règle d'interprétation [...] porte sur une appréciation concrète d'une stipulation d'un contrat auquel le consommateur a souscrit. Dans les recours des associations il n'y a pas de consommateur ni de contrat souscrit. » ⁷⁵⁶.

318. Avant l'adoption de la directive, un certain nombre d'Etats membres reconnaissaient déjà le droit de demander la cessation des clauses abusives devant les tribunaux à des associations de consommateurs ⁷⁵⁷ et administrations compétentes ⁷⁵⁸. Le droit français, comme le droit belge, avait créé la Commission des clauses abusives, organe collégial dont la mission est de recommander la suppression de ce type de clauses. La loi 88-14 du 5 janvier 1988, abrogeant une loi de 1973 dite « loi Royer », organise, par ailleurs, l'action en justice des associations agréées de consommateurs. Les larges pouvoirs d'action en justice accordés par ce texte aux associations de consommateurs françaises et les conséquences déjà importantes qui en découlent sur le contenu des contrats ⁷⁵⁹ en cause, réduisent considérablement l'influence qu'exerce le droit communautaire sur ce point. Cette dernière précision confirme que la directive sur les clauses abusives constitue bien un seuil minimal de protection.

319. Le texte, inspiré par les législations nationales les plus avancées, s'applique désormais à l'ensemble des Etats membres : les droits du consommateur européen reçoivent donc une protection satisfaisante contre les clauses abusives inscrites dans les contrats conclus avec les professionnels sur l'ensemble du territoire communautaire, ceci indépendamment du lieu d'achat du bien ou de la prestation de service en cause. La Commission indique dans son

⁷⁵⁶ - Voir en ce sens le Rapport précité de J.-M. Charié devant l'Assemblée nationale française, *op.cit.*, p. 21. Cette restriction est logiquement reprise par l'article 3 alinéa 2 de la loi française du 1^{er} février 1995.

⁷⁵⁷ - Décret-loi portugais 446/85 du 25 octobre 1985 ;

⁷⁵⁸ - Au Royaume Uni, ce droit est accordé au *Director of the Office of Fair trading*, en Irlande au *Director of Consumer Affairs*, aux Pays-Bas à l'*Ombudsman* des consommateurs, et en Allemagne au *Verbraucherschutzverein*.

⁷⁵⁹ - Pour une étude détaillée du contenu de la loi française, voir : PUTMAN (E.), La loi du 5 janvier 1988 sur l'action en justice des associations agréées de consommateurs, *RRJ*, 1988, 2, p. 341-362.

rapport d'évaluation que « malgré les hésitations d'une certaine doctrine qui craignait la désintégration de l'unité du droit civil des contrats, les Etats membres ont pu intégrer, sans difficulté majeure, la directive dans leur système juridique ». Constatant que l'impact a été particulièrement marqué pour les pays qui n'avaient pas de législation, ou une législation limitée en la matière (Irlande, Italie, Belgique), la Commission relève que l'impact a été plus limité pour ceux disposant d'une législation élaborée (Allemagne, Pays-Bas, Portugal...). Les dispositions françaises ont servi de modèle au droit communautaire pour autant l'influence de celui-ci sur le droit français des clauses abusives n'en est pas moins importante, comme le constate la Commission : « La France est un cas particulier : la lettre de la loi qui existait depuis 1978 contenait des lacunes essentielles par rapport à la directive. Toutefois, les progrès jurisprudentiels avaient comblé la plupart des lacunes. Le législateur a préféré mettre la lettre de la loi en accord avec la jurisprudence ».

320. La directive, intervient donc afin de protéger les droits du contractant-consommateur à deux niveaux distincts : en amont, en imposant l'exigence de clarté des stipulations contractuelles et en indiquant l'interprétation à apporter aux clauses ambiguës, et, en aval, en sanctionnant de nullité les clauses abusives qui, malgré cela, pourraient être insérées dans les contrats passés avec des consommateurs. C'est dans le même esprit qu'à côté de la directive sur les clauses abusives, qui constitue une protection générale, existent des textes de « droit substantif supplétif »⁷⁶⁰ qui instaurent des protections spécifiques du contractant profane.

⁷⁶⁰ - Selon une expression employée par la Commission, dans son rapport d'évaluation, précité, p. 25.

Chapitre 2

Des protections spécifiques

321. Le contrôle de l'équilibre contractuel aurait pu se limiter à l'application de la théorie des clauses abusives employée pour corriger les conséquences de l'inégalité entre professionnel et profane. Mais, en droit communautaire comme en droit national, il en est autrement. Le droit communautaire a décidé de réglementer avec précision certaines situations contractuelles particulièrement dangereuses pour le profane. Celles-ci sont de deux ordres : elles résultent, soit de l'emploi par le professionnel de techniques spécifiques de conclusion des contrats (Section 1), soit du caractère même de certains contrats spécifiques considérés comme présentant des risques plus élevés (Section 2).

Section 1

LA RÉGLEMENTATION DES TECHNIQUES CONTRACTUELLES

322. Certaines techniques de négociation et de conclusion des contrats peuvent se révéler particulièrement dangereuses pour les intérêts du contractant profane. Il en va ainsi de ce que l'on a surnommé les « ventes agressives »⁷⁶¹ qui regroupent les techniques de négociation en dehors des établissements commerciaux et la conclusion des contrats à distance. Les premières sont caractérisées par la recherche de la clientèle en dehors des endroits habituellement destinés à la distribution de biens ou de services. On parle traditionnellement de démarchage, ce qui classiquement désigne la technique de la visite inattendue du commerçant au domicile du consommateur dans le but de lui proposer la vente d'un bien ou une prestation de service. Cette technique aujourd'hui quelque peu dépassée a de nombreux dérivés : abordage sur la voie publique, propositions téléphoniques, excursions organisée par le commerçant... La caractéristique de cette technique, fort ancienne mais qui a

⁷⁶¹ - Expression employée en 1970 par Jean Calais-Auloy, voir CALAIS-AULOY (J.), Les ventes agressives, *D*, 1970, pp. 36-40.

connu un très fort développement à partir des années soixante et dix ⁷⁶², est l'effet de surprise utilisé au détriment du consommateur. En effet, celui-ci n'ayant pas manifesté son désir d'achat il subit, dans un état de complète « impréparation psychologique » ⁷⁶³, les pressions répétées du vendeur. De ce fait, le consommateur peut être pris au dépourvu et amené à conclure un contrat qu'il ne tardera pas à regretter. Certains éléments aggravent la situation du consommateur. La plupart du temps, le vendeur présente une marque unique de produit, lorsque ce n'est pas un seul produit de cette marque, ce qui interdit au consommateur de fixer son choix en fonction des mérites comparés des différents produits disponibles sur le marché. Ajoutons à cela que très souvent le consommateur se voit présenter des produits ou services à des prix supérieurs à ceux des produits similaires vendus de façon habituelle ; les renseignements communiqués concernant le prix réel du produit ou encore le taux réel du crédit le cas échéant se révèlent incomplets et pour finir le professionnel opère des dissimulations de certaines clauses du contrat. La lecture des chroniques judiciaires des journaux est très significative quant au fait que cette technique de vente serve de contexte à de nombreux autres agissements frauduleux. Pour cet ensemble de raisons, la France avait décidé d'interdire le démarchage à domicile concernant la vente de matériel pédagogique. La Cour de justice dans son arrêt Buet ⁷⁶⁴ a estimé que l'interdiction française était effectivement contraire à l'article 30 du Traité de Rome (le matériel en cause provenait du Royaume-Uni) mais a considéré que compte tenu de la spécificité des produits en cause la législation française était un moyen adéquat et proportionné pour atteindre l'objectif recherché.

323. La vente à distance est une technique plus récente. Elle s'est développée avec la multiplication des catalogues de vente par correspondance, mais des aspects nouveaux ont surgi avec le télé-achat et surtout avec l'envolée du commerce électronique. Lorsqu'il conclut un contrat à distance, le consommateur se trouve dans une situation de faiblesse équivalente à celle du démarchage mais pour des raisons différentes. Le problème principal est sans aucun doute l'imprécision, voire le manque d'information concernant non seulement le bien ou le service vendu, mais aussi les éléments du contrat conclu. Quelquefois s'ajoutent aussi à cela la question des délais de livraisons abusifs et, plus récemment, celle de l'insécurité des paiements électroniques.

⁷⁶² - Pour de plus amples développements concernant le démarchage voir : BIETRIX (A.) BIRBES (H.), Vente à domicile et protection des consommateurs, *CDE*, 1973, n°1, pp. 1-12 ; CALAIS-AULOY (J.), Les ventes agressives, *op.cit.*, pp. 37-40.

⁷⁶³ - BIETRIX (A.) BIRBES (H.), Vente à domicile et protection des consommateurs, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁶⁴ - CJCE, 1 mai 1989, *Buet c. Ministère public*, aff 382/87, *Rec.* p. 1235.

324. Les solutions adoptées par le législateur, national ou européen, pour limiter les conséquences dangereuses de ces techniques agressives sont sensiblement identiques qu'il s'agisse du démarchage ou de la vente à distance. Dans les deux cas, comme le soulignait déjà en 1970 le professeur Calais-Auloy il faut protéger le consommateur « contre lui-même, contre sa propre faiblesse qui pourrait, en face de certaines sollicitations, le porter à multiplier des achats inutiles ou dispendieux ». Dans ce même souci, les Etats membres ont adopté des réglementations spécifiques, et ce bien avant l'adoption de la directive ⁷⁶⁵.

325. Afin de permettre l'achèvement du marché intérieur, en éliminant les distorsions de concurrence nées des disparités nationales et d'offrir au consommateur européen une protection suffisante sur l'ensemble du territoire communautaire, le droit communautaire a lui aussi investi le domaine des techniques de ventes les plus dangereuses. Sur la question du démarchage, le Conseil des Communautés a adopté une directive le 20 décembre 1985 : la directive 85/577 relative à « la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux » ⁷⁶⁶. Sur la question des contrats conclus à distance, la Commission européenne, consciente qu'il s'agit là du véhicule naturel des contrats transfrontières, a publié simultanément le 7 avril 1992 une recommandation et une proposition de directive. La recommandation demande aux professionnels, par l'intermédiaire de leurs organisations respectives, d'adopter des codes de bonne conduite afin de compléter les dispositions contraignantes. La directive a finalement été adoptée, après cinq années de discussion, le 20 mai 1997 ⁷⁶⁷ et constitue le pendant de la directive sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux. La démarche de la Commission de combiner un socle législatif avec des codes de bonne conduite est une première en matière de protection des consommateurs. L'idée principale était que la directive servirait de cadre et que l'auto-réglementation suggérée par la recommandation servirait à adapter celui-ci à des techniques ou des secteurs spécifiques. La vente à distance recouvrant de plus en plus souvent le commerce électronique, des règles spécifiques ont été adoptées ⁷⁶⁸ dans l'objectif d'assurer la confiance consommateurs face à ce mode de conclusion des contrats. Le 30 novembre 1999 le Parlement

⁷⁶⁵ - En effet, en 1977, date à laquelle la Commission européenne a présenté sa proposition de directive relative aux contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, seules l'Irlande et l'Italie ne s'étaient pas encore dotées de telles législations. Proposition du 12 janvier 1972, *JOCE* du 29 janvier 1977, n° C-22.

⁷⁶⁶ - Directive 85/577, *JOCE*, du 31 décembre 1985, n° L-372, p. 31.

⁷⁶⁷ - Directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance, *JOCE* du 4/07/97, n° L-144 p. 19. Transposée en droit français par l'ordonnance du 23 août 2001.

⁷⁶⁸ - Sur la base d'une communication d'avril 1997 intitulée « une initiative européenne dans le commerce électronique » : COM (97)157 du 16 avril 1997.

européen et le Conseil ont adopté une directive concernant les signatures électroniques⁷⁶⁹. Le texte, qui ne vise pas spécifiquement les contrats conclus par les consommateurs, indique lui-même qu'il ne « couvre pas les aspects liés à la conclusion et à la validité des contrats ». Et une directive, plus générale a suivi, le 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur. Ce texte, plus communément appelé directive sur le commerce électronique, ne touche que très légèrement au droit des contrats. Ses dispositions ont pour but d'organiser un marché intérieur du commerce en ligne⁷⁷⁰ et non d'instaurer une réglementation globale et complète du commerce électronique⁷⁷¹. Le texte lui-même indique « Les services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne... »⁷⁷². C'est pourquoi il est expressément indiqué que les dispositions des directives communautaires sur les clauses abusives ou sur les contrats conclus à distance ou le crédit à la consommation continuent à s'appliquer.

326. Les textes communautaires ont établi le principe d'une harmonisation minimale, les Etats membres peuvent donc adopter ou maintenir des dispositions plus protectrices comme un champ d'application plus large, des obligations plus étendues à la charge du professionnel ou encore un délai de réflexion supérieur à sept jours etc... Dans tous les cas, les problèmes posés par ces deux techniques contractuelles et les solutions apportées sont du même ordre. C'est pourquoi, après avoir étudié le champ d'application des deux textes (§1), nous envisagerons la protection pré-contractuelle (§2) puis le droit de rétractation qui est accordé au profit du consommateur (§3).

§ 1 – LE CHAMP D'APPLICATION de la protection

327. Envisageant l'ensemble des textes cités, nous distinguerons, le champ d'application *ratione personae* (I) et *ratione materiae* (II).

⁷⁶⁹ - Directive 1999/93 du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *JOCE* du 19/01/2000, n° L-13, p. 12. Transposée en droit français par la loi 2000-230 du 13 mars 2000, *JORF*, du 14/03/2000, p. 3968 ; *JCP*, G., 2000, III, 20259. Pour une analyse de la loi française de transposition : GAUTIER (P.-Y.) LINANT DE BELLEFONDS (X.), De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, *JCP*, G., 14 juin 2000, pp. 1113-1120 ; CAPRIOLI (E.A.), La loi française sur la preuve et la signature électroniques dans la perspective européenne – Dir. 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, *JCP*, G., 3 mai 2000, pp. 787-795.

⁷⁷⁰ - La base juridique utilisée confirme cette approche : article 47-2, 55 et 95 du Traité.

⁷⁷¹ - Voir : BOTTINI (R. de), La directive « commerce électronique » du 8 juin 2000, *RMCUE*, juin 2001, n° 449, p. 368.

⁷⁷² - Considérant n° 18 de la directive 2000/31.

328. Alors que les directives relatives aux contrats conclus en dehors des établissements commerciaux et à distance, limitent la protection qu'elles instaurent au seul profit des consommateurs (A), les directives concernant le commerce et les signatures électroniques offrent une protection officiellement plus étendue (B).

A – Les directives relatives aux contrats conclus en dehors des établissements commerciaux et à distance : une protection limitée aux consommateurs

329. Les notions de consommateur et de commerçant reçoivent la même définition pour les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux que pour ceux conclus à distance. La définition de la notion de consommateur est inspirée de l'article 13 de la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire de l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁷⁷³ et de l'article 5 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁷⁷⁴. Il s'agit donc d'une définition classique pour le droit communautaire. A ceci près que le terme de commerçant est employé à la place de celui de professionnel. Le terme est plus restreint, mais défini de manière à pouvoir quand même englober tout professionnel.

330. Concernant à la notion de consommateur, il convient d'évoquer l'arrêt *Di Pinto* rendu par la Cour de Justice des Communautés européennes⁷⁷⁵. La loi française du 22 décembre 1972 étendait la protection à des commerçants accomplissant des actes en vue de la vente de leur fonds de commerce. Or, le gérant d'une société qui publiait une revue comprenant des offres de ventes de fonds de commerce, démarchait des commerçants à leur domicile ou dans leur entreprise dans le but de leur faire conclure des contrats de publication. Les contrats ainsi conclus ne remplissaient pas les conditions requises par la loi française de protection contre le démarchage à domicile et, pour cette raison, Monsieur Di Pinto a été condamné par le Tribunal de grande instance de Paris. La Cour d'appel de Paris, saisie du litige, a posé à la CJCE deux questions préjudicielles. La première tendait à savoir si un

⁷⁷³ - Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* du 31/12/72, n° L-299, pp. 32-42. Convention communautarisée par le règlement 44/2001, du 22 décembre 2000, *JOCE* du 16/01/01, n° L-12, pp. 1-23.

⁷⁷⁴ - Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles signée à Rome le 19 juin 1980, *JOCE*, du 9/10/1980, n° L-266, pp. 1-19.

professionnel agissant en dehors de son activité professionnelle pouvait être considéré comme un consommateur au sens de la directive. La seconde était de savoir si la loi française, qui protégeait des personnes qui n'entraient pas dans le champ d'application du texte européen, était ou non contraire au droit communautaire. A la première question, l'arrêt de la Cour rendu sur les conclusions contraires de l'avocat général Mischo, affirme qu' : « un commerçant normalement avisé, connaît la valeur de son fonds et celle de chacun de ses actes que nécessite sa vente, de sorte que, s'il s'engage, ce ne saurait être de manière inconsidérée et sous le seul effet de la surprise ». La Cour en conclut que : « Le commerçant démarché en vue de la vente de son fonds de commerce, ne doit pas être considéré comme un consommateur protégé par la directive. » A la seconde question, en revanche la Cour a répondu que le fait que la loi française soit plus protectrice que la directive n'était pas en soi contraire au droit communautaire, confirmant ainsi la jurisprudence *Buet* ⁷⁷⁶.

B – Les directives relatives aux commerce et aux signatures électroniques : une protection officiellement plus étendue

331. *A priori* la directive sur le commerce électronique touche un plus grand nombre de contractants. Dans le but de favoriser la conclusion d'échanges économiques par voie électronique, c'est l'ensemble des « destinataires du service » qui est protégé par les dispositions de la directive. Ces derniers sont définis comme « toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelle ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessibles ». La directive a donc un champ d'application *ratione personae* particulièrement large puisqu'elle vise donc à la fois les consommateurs et les professionnels, les personnes physiques et les personnes morales. Il faut pourtant relativiser la portée générale de ce texte. Toutes les dispositions de la directive n'ont pas vocation à régir la relation contractuelle ; au contraire, le nombre de dispositions ayant une influence directe le contrat est assez limité. Or, dans ces dispositions précisément, la distinction entre professionnel et consommateur ressurgit. La section 3 de la directive est consacrée aux contrats par voie électronique. Or, chacun des articles venant protéger le destinataire du service contient une limitation de son caractère obligatoire dès lors que les contractants ne sont pas des consommateurs L'article 10 constitue une illustration de cette situation, il indique : « [...] les Etats membres veillent à ce que, sauf si les parties qui ne sont

⁷⁷⁵ - CJCE, 14 mars 1991, *Di pinto*, aff C-361/89, *Rec.* p. 1189.

⁷⁷⁶ - CJCE, 1 mai 1989, *Buet c/ Ministère public*, aff 382/87, *Rec.* p. 1235. Voir *supra* §222.

pas des consommateurs en ont convenu autrement, ... »⁷⁷⁷. Autrement dit, les droits accordés au destinataire du service ne le sont effectivement que lorsque celui-ci est un consommateur. Il faut donc en conclure que le contractant qui mérite protection au yeux du législateur communautaire est toujours le consommateur.

II – *Ratione materiae*

332. Il convient ici d'étudier séparément les champs d'application respectifs de la directive sur les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux (A) de celle sur les contrats conclus à distance (B) et de la directive sur le commerce électronique (C).

A – Les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux

333. L'applicabilité de la directive dépend du moment de la conclusion du contrat. Dans la proposition de directive, entraient dans le champ d'application de la protection, tous les contrats pour lesquels la négociation s'était engagée en dehors des établissements commerciaux du professionnel et ceci indépendamment du lieu de conclusion du contrat. Les dispositions de la directive finalement adoptées par le Conseil ont un champ d'application beaucoup plus restreint puisqu'il est nécessaire que le contrat est été effectivement conclu en dehors de l'établissement commercial. La lecture stricte des dispositions de la directive semble faire penser que sont exclus de son champ d'application les cas où le commerçant, au cours ou à la fin de l'excursion, ramène le consommateur à l'intérieur de ses locaux commerciaux pour lui faire une présentation des produits ou même pour lui faire signer un contrat. Cette interprétation semble néanmoins contraire à l'esprit de la directive : il serait trop facile pour un professionnel qui a démarché le consommateur à domicile ou dans autre lieu étranger à ses activités commerciales, de se servir de l'alibi des dispositions de la directive pour retirer à celui-ci le bénéfice du droit de résiliation sous le prétexte que le contrat a été effectivement conclu dans ses locaux commerciaux.

334. La directive tend à s'appliquer à deux situations différentes. Lorsque le contrat est conclu lors d'une visite du commerçant chez le consommateur, chez un autre consommateur ou sur le lieu de travail du consommateur, d'une part ; lorsque le contrat est conclu lors d'une excursion organisée par le commerçant en dehors de ses établissements commerciaux, d'autre part. Dans le premier cas, la directive n'est pas applicable lorsque la visite du commerçant a eu

⁷⁷⁷ - C'est nous qui soulignons.

lieu à la demande expresse du consommateur, exception faite du cas où la conclusion du contrat porte sur des biens ou des services autres que ceux pour lesquels le consommateur avait réclamé la visite, dès lors que celui-ci n'ait pas su ou n'ait pas pu raisonnablement savoir que ces autres biens ou services faisaient partie des activités du commerçant (article 1^{er}-2 de la directive). Sur ce point l'article 3 de la directive laisse la possibilité aux Etats membres d'exclure de son champ d'application tous les cas où le contrat porte sur des biens ou des services ayant un rapport direct avec ceux pour lesquels le commerçant s'est déplacé sur demande du consommateur. Cette possibilité n'a généralement pas été utilisée. La directive s'applique aussi aux cas où c'est le consommateur qui a fait une offre au cours du démarchage, même s'il n'a été lié par elle qu'après l'acceptation par le commerçant, et ceci indépendamment du lieu et du moment de la conclusion définitive du contrat. En effet, pour tous les autres cas, l'application de la directive dépend du moment de la conclusion du contrat. Dans la proposition de directive de la Commission, entraient, dans le champ d'application de la protection, les contrats pour lesquels les négociations avaient été engagées en dehors d'établissements commerciaux. Or nous l'avons vu le texte adopté est plus modeste et exige que les contrats aient été effectivement conclus en dehors d'un établissement commercial.

335. D'après l'article 3 de la directive, sont exclus de son champ d'application les contrats relatifs à des biens immobiliers. Cette restriction a été apportée au texte en dépit de l'avis exprimé par le Conseil économique et social. Celui-ci considérait que : « bien que le consommateur ne procède pas à une acquisition de ce type de biens sans y avoir mûrement réfléchi, il n'en reste pas moins qu'il est juridiquement lié au moment de la signature du compromis de vente » et en concluait que la directive devait protéger le consommateur acquéreur d'un bien immobilier proposé par démarchage. Il convient cependant de souligner, à l'instar de Monsieur Tenreiro, que cette restriction ne s'étend pas aux contrats relatifs à la livraison de biens et à leur incorporation dans les biens immobiliers, ni aux contrats relatifs à la réparation ou à l'entretien de ces biens immobiliers. Par contre, un contrat portant acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un bien immobilier entre dans le champ d'application de la directive lorsqu'il porte à la fois sur la fourniture de services qui en réalité ont une valeur bien supérieure à celle du droit immobilier. C'est ce qui a été jugé par la Cour de Justice des Communautés européennes dans un arrêt du 22 avril 1999⁷⁷⁸ et qui portait sur un litige opposant une entreprise à un consommateur ayant conclu un contrat de *timeshare* assorti du droit de bénéficier d'un certain nombre des services. Reste quand même en suspend

⁷⁷⁸ - CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac c. Manuel José Antelm Sanchis*, aff C-423/97, *Rec.* p. 2195.

la question de l'applicabilité de la directive aux cas où le contrat principal faisant l'objet du démarchage est assorti d'un contrat accessoire de financement garanti par une hypothèque ou un autre droit portant sur un immeuble. A notre avis, dès lors que le professionnel a des liens avec le prêteur⁷⁷⁹, compte tenu du fait qu'en pratique le contrat de financement est mis en avant par le professionnel pour pousser le consommateur à acquérir un bien qu'il ne pourrait acquérir autrement, il serait inéquitable que le professionnel puisse évoquer l'exception de la directive pour en écarter l'application et faire perdre au consommateur le bénéfice du délai de réflexion, alors qu'il s'engage sur son patrimoine immobilier même si ce n'est qu'à titre accessoire⁷⁸⁰.

336. D'ailleurs dans un souci de protection évident, la CJCE a jugé en se fondant sur le champ d'application large de la directive, que l'on ne saurait exclure d'emblée de son domaine d'application un contrat bénéficiant à un tiers, et plus spécifiquement un contrat de cautionnement conclu à la suite d'un démarchage à domicile⁷⁸¹. La Cour affirme au point 31 que « cette dernière directive [...] ne comporte aucune autre restriction concernant son champ d'application matériel selon les types de contrat concernés, que ceux-ci portent sur la fourniture de biens ou de services, pourvu que les consommateurs agissent à une fin pouvant être considérée comme étrangère à leur activité professionnelle. »

337. La directive ne s'applique pas non plus aux contrats portant sur des denrées alimentaires, boissons et autres biens de consommation courante, dès lors qu'ils sont fournis par des livreurs effectuant des tournées fréquentes et régulières. Sont aussi exclus les contrats d'assurance et ceux relatifs aux valeurs mobilières⁷⁸². Il est légitime de douter de l'opportunité de ces deux dernières exclusions, initialement adoptées dans la proposition de directive, compte tenu de la relative pauvreté des dispositions actuelles par rapport à celles contenues dans le texte initial. Sur ce point, il convient de noter que la Commission s'était engagée à examiner la question de savoir s'il convenait ou non d'élaborer une directive spécifique relative à la protection du consommateur dans le cas de contrats d'assurance conclus en dehors

⁷⁷⁹ - Qu'il finance lui-même le contrat ou qui sert simplement d'intermédiaire entre la consommateur et l'organisme de crédit.

⁷⁸⁰ - Cette solution a le mérite d'être en accord avec l'article 11 de la directive relative au crédit à la consommation, qui dispose qu'un contrat de crédit n'affecte pas les droits du consommateur à l'encontre du contractant principal, le consommateur ayant de ce fait un droit de recours contre le prêteur lorsqu'il existent des liens entre celui-ci et le contractant principal. Voir *infra* : §442.

⁷⁸¹ - CJCE, 17 mars 1998, *Dietzinger*, aff C-45/96, *Rec.* p. 1199, point n° 19.

⁷⁸² - Article 3 de la directive.

des établissements commerciaux. A notre connaissance aucune initiative n'a encore été prise en ce sens.

338. Le texte ne s'applique pas aux contrats de fourniture de biens ou de services conclus sur la base d'un catalogue, lorsque trois conditions sont réunies. Le consommateur doit avoir pu consulter le catalogue présentant l'objet du contrat en l'absence du commerçant. Une continuité de contact entre le consommateur et le professionnel doit être prévue. Le droit du consommateur de résilier le contrat ou de retourner les biens dans un délai d'au moins sept jours doivent être clairement mentionnés dans le contrat et dans le catalogue. Enfin, l'article 3 de la directive laisse aux Etats membres la possibilité d'écarter de son champ d'application les contrats ne dépassant pas une valeur minimale, celle-ci ne pouvant être supérieure à soixante Euro, c'est-à-dire environs quatre cents francs. La majorité des Etats membres ont choisi de faire usage de cette faculté.

B – Les contrats conclus à distance

339. Le texte s'applique à tous les contrats conclus à distance c'est à dire les contrats pour la conclusion desquels sont utilisés exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance. Les techniques de communication à distance sont définies par la directive comme « tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut-être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties. »⁷⁸³. Une liste de ces techniques, à valeur indicative est fournie dans l'annexe n°1 du texte. Elles peuvent être classées en quatre catégories : les communications sur support papier, les communications téléphoniques ou transmises par téléphone, les communications par télévision (téléachat) ou radio, et enfin par Internet. La rédaction du texte laisse à penser que l'emploi de formes de marketing direct à un moment de la négociation ou de la conclusion du contrat fait échec à l'application de la directive. Il semble cependant que dans les cas où la communication à distance est prépondérante, l'utilisation ponctuelle de marketing direct ne devrait pas permettre d'écarter l'application de la directive⁷⁸⁴. Dans le cas contraire, il serait trop facile pour le professionnel de ne pas se soumettre aux dispositions protectrices contenues dans le texte communautaire. Remarquons enfin, que la directive ne prévoyant pas les règles relatives

⁷⁸³ - Article 2 de la directive consacré aux définitions.

⁷⁸⁴ - MICKLITZ (H.-W.), La directive 97/7/CE sur les contrats à distance, in : *La protection des consommateurs acheteurs à distance*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 26.

au fardeau de la preuve, le consommateur qui invoque la protection qu'elle contient devra démontrer que des moyens de communication à distance ont bien été utilisés.

340. La directive instaure une nouveauté importante pour beaucoup d'Etats membres dont la France, puisque ses dispositions s'appliquent non seulement aux ventes de marchandises mais aussi à celles de services.

341. Certains contrats sont exclus du champ d'application de la protection communautaire. Les exclusions sont de deux ordres : totales et partielles. Les exclusions totales, tout d'abord, sont diverses. Il s'agit des contrats concernant les services financiers (article 3-1-1). Nous l'avons vu en étudiant la réglementation des clauses abusives, les contrats financiers comportent certaines spécificités, la Commission avait donc décidé de présenter un projet de directive spécifique sur ce point compte tenu des concepts juridiques employés dans le domaine financier⁷⁸⁵. Il s'agit ensuite des contrats conclus au moyen de distributeurs automatiques ou de locaux commerciaux informatisés (article 3-1-2). S'il apparaît que le contrat conclu par l'intermédiaire d'un distributeur automatique entre un consommateur et la SNCF concernant la vente d'un billet de train constitue bien une « vente à distance » au sens de la directive, il n'en reste pas moins qu'il aurait été anormal d'accorder une protection accrue à ce consommateur alors qu'un autre consommateur n'aurait pu en bénéficier s'il achetait son billet au guichet normal situé trois mètres plus loin⁷⁸⁶. Sont aussi exclus les contrats issus de l'utilisation de cabines téléphoniques (article 3-1-3), les contrats portant sur des biens immobiliers (article 3-1 alinéa 4) et enfin ceux conclus lors d'une vente aux enchères (article 3-1 alinéa 5).

342. Des exclusions partielles sont aussi prévues. Les dispositions essentielles de la directive telles que l'obligation d'information préalable (article 4), la confirmation des informations (article 5), le délai de réflexion (article 6) et le délai d'exécution (article 7-1) ne s'appliquent pas aux contrats portant sur des denrées alimentaires, boissons et biens ménagers lorsqu'ils sont fournis lors de tournées régulières. Il en est de même pour les contrats de fourniture de service, de transport, de restauration de loisir lorsque le fournisseur s'engage à fournir les prestations à une date déterminée ou un période spécifique (article 3-2). Cette dernière exclusion partielle est justifiée par ce que l'on peut appeler le « syndrome de la chaise

⁷⁸⁵ - THEVENOZ (L.), Le projet de directive sur la commercialisation à distance des services financiers, *in* : *La protection des consommateurs acheteurs à distance*, op. cit. , pp. 57-85.

vide »⁷⁸⁷ qui frapperait un hôtelier si un consommateur ayant réservé une chambre pour une date précise pouvait annuler cette réservation sans justification et sans frais.

C – Le commerce électronique

343. Conçue comme un instrument destiné à développer les échanges électroniques plus qu'un moyen de régulation contractuelle, la directive sur le commerce électronique a un champ d'application vaste. Pourtant s'agissant des dispositions applicables aux contrats, le champ d'application se restreint forcément. Les contrats visés sont ceux qui sont passés par « voie électronique ». C'est dans le 17^{ème} considérant de la directive qu'il faut chercher une définition de cette notion. Pour être conclu par voie électronique un contrat doit l'être au moyen d'équipement électronique de traitement, y compris la compression numérique et le stockage des données. L'apport le plus significatif du texte est sans aucun doute le principe posé à l'article 9 de la reconnaissance des contrats électroniques. La directive oblige les Etats membres à considérer ces contrats comme équivalents à des contrats traditionnels. Aucune condition n'est posée pour l'efficacité du contrat passé par voie électronique et l'on peut se demander si ce libéralisme n'est pas contraire, dans certains cas, à la protection de la partie faible au contrat. La rédaction sur support papier semble mieux garantir la conscience de l'engagement juridique et donc la réflexion des contractants. Il peut sembler incohérent que le droit communautaire vise à protéger le consentement du consommateur et dans le même temps permette, sans formalité, une adhésion électronique. Venant limiter la portée de cette réflexion, l'article 9-2 autorise les Etats membres à déroger aux dispositions de la directive dans le cas de certains contrats : ceux portant sur des biens immobiliers⁷⁸⁸, les contrats en forme solennelle c'est-à-dire, qui nécessitent l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou des professions exerçant une autorité publique⁷⁸⁹, les contrats de sûreté ou de garanties passés par des consommateurs⁷⁹⁰, et les contrats relevant du droit de la famille ou des successions⁷⁹¹. Si aucune condition de validité n'est exigée, la directive 2000/31, l'instar des autres directives, accorde une protection par le biais de la réglementation de la période pré-contractuelle.

⁷⁸⁶ - Nous partageons ici l'avis émis par Jean Allix : ALLIX (J.), La directive 97/7/CE : Contrats à distance et protection des consommateurs, *RAE*, 1998,3 , p.182.

⁷⁸⁷ - Selon l'expression de l'administrateur principal de la DG XXIV de la Commission, en 1998 : ALLIX (J.), La directive 97/7CE : Contrats à distance et protection des consommateurs, *RAE*, 1998, 3, p. 183.

⁷⁸⁸ - Article 9-2-a de la directive 2000/31.

⁷⁸⁹ - *Ibid*, article 9-2-b.

⁷⁹⁰ - *Ibid*, article 9-2-c.

§2 – La protection prÉ-contractuelle

344. Compte tenu de l'absence, de l'inexactitude, en tout cas de l'insuffisance des informations qui caractérisent généralement ces techniques contractuelles, il est essentiel de permettre au consommateur d'avoir accès aux informations qui lui sont nécessaires avant la conclusion du contrat. L'obligation pré-contractuelle d'information est une technique bien connue des législations nationales. Ainsi le droit français, sous l'influence de la jurisprudence, a institué une obligation pré-contractuelle de renseignement⁷⁹². Cette obligation s'est développée à la fois dans les lois spéciales et dans la théorie générale du contrat. Ainsi si logiquement le défaut d'information peut-être jugé constitutif d'un dol ou d'une erreur sur une qualité substantielle de la chose vendue et entraîner l'annulation du contrat pour vice du consentement⁷⁹³, un vendeur peut aussi engager sa responsabilité délictuelle et être condamné au paiement de dommages et intérêts, sur le fondement de l'article 1382 de notre Code civil pour n'avoir pas satisfait à cette obligation. Il convient de souligner que mode de protection du consentement est d'inspiration libérale : il s'agit de garantir une meilleure information afin d'éclairer le consentement de chaque partie. L'étude de la protection pré-contractuelle accordée au contractant profane fait ressortir des différences selon que le contrat est conclu en dehors des établissements commerciaux (I) ou qu'il est conclu à distance et/ou par voie électronique (II).

I – Les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux

345. La proposition initiale de directive concernant les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux était particulièrement ambitieuse. Outre le fait qu'elle retenait une définition très large du démarchage, l'obligation d'information était particulièrement étendue. Le contrat devait obligatoirement avoir une forme écrite, et devaient y figurer des informations comme l'existence du droit de résiliation bien sûr, mais aussi le prix, le bien ou service concerné ; les modalités de paiement et le délai de livraison devaient également être inscrites dans le contrat. Un modèle de formulaire devait être transmis au consommateur afin de lui faciliter le droit de résiliation. La proposition de directive prévoyait aussi l'interdiction pour le

⁷⁹¹ - *Ibid*, article 9-2-d.

⁷⁹² - Pour un essai de synthèse sur l'obligation pré-contractuelle de renseignement en droit français, voir : GHESTIN (J.), *Traité de droit civil - Les obligations ; Le contrat : formation, op. cit.*, n° 455-508.

⁷⁹³ - C'est en effet en retenant la notion de réticence dolosive que la jurisprudence française a indirectement consacré la reconnaissance de l'obligation de renseignement.. Voir notamment : Cass. Civ., 12 novembre

professionnel d'exiger un paiement d'avance. Etaient aussi prévues l'interdiction de la clause prévoyant la compétence d'une juridiction autre que celle qui est normalement compétente, ainsi que l'obligation pour le consommateur de dater le contrat de sa propre plume.

346. Le régime découlant de la directive finalement adoptée est nettement plus pauvre. La seule véritable protection résulte de l'institution du droit de résiliation. La protection pré-contractuelle est relativement modeste. En vertu de l'article 4 du texte, le commerçant est seulement tenu d'informer par écrit le consommateur de son droit de résiliation. Cette information doit être datée et doit contenir tous les éléments permettant l'identification du contrat. Elle doit par ailleurs contenir les coordonnées d'une personne l'égard de laquelle ce droit peut effectivement être exercé. Les sanctions appropriées à la violation de cette obligation sont laissées à la compétence des Etats membres. La nullité semble être de loin la plus efficace, les sanctions administratives ou pénales ne protégeant pas directement le consommateur qui a déjà conclu un contrat sans avoir reçu l'information exigée.

II – Les contrats conclus à distance et/ou par voie électronique

347. La technique des contrats conclus à distance est celle qui pose le plus de problèmes au regard de l'information du consommateur. Or, un certain nombre d'informations sont nécessaires pour que le consommateur contracte en toute connaissance. C'est pourquoi le législateur a renforcé le formalisme informatif dès lors que les contrats sont conclus à distance, que ce soit par voie électronique ou non.

A – Les dispositions générales de la directive sur les contrats à distance

348. La directive 97/7 directive exige que le consommateur puisse bénéficier d'un ensemble d'éléments avant la conclusion du contrat. Une information préalable est prévue par l'article 4. En vertu de cette disposition, doivent être fournies, de manière claire et compréhensible et par « tout moyen adapté à la technique de communication à distance », les informations suivantes : identité du fournisseur et adresse en cas de paiement anticipé,

1987, *Bull. civ.*, I, n° 158, *D.*, 1987, IR, p. 236 ; Cass. Civ., 7 décembre 1988, *Gaz. Pal.* 7 février 1989 ou encore Cass. Civ. 1^{ère}, 6 octobre 1982, *D.*, 1982, IR, p. 526.

caractéristiques essentielles du bien ou service en cause, ainsi que son prix toutes taxes comprises, frais et modalités de livraison, modalités de paiement et d'exécution du contrat, existence du droit de rétractation, coût de l'utilisation de la technique de vente à distance, durée de validité de l'offre ou du prix, durée minimale du contrat. L'écrit n'est donc pas une exigence. Cependant, la directive rend quand même obligatoire l'existence d'un « support durable » ; la notion de support durable n'étant pas définie. Les discussions ayant eu lieu au Conseil sur ce point révèlent qu'une cassette vidéo constitue un support durable au même titre qu'un courrier électronique enregistré dans un ordinateur. A ce détail près que les informations doivent pouvoir être stockées sans que pèse sur le consommateur la charge de procéder lui-même à leur enregistrement. Si la directive n'exige pas nécessairement la forme écrite, elle prévoit toutefois une confirmation des informations fournies (article 5-1). Cette confirmation doit être faite « en temps utiles » (article 4-1), soit lors de l'exécution du contrat, soit au plus tard au moment de la livraison. Il existe une exception à l'obligation de confirmation écrite pour les services dont l'exécution est réalisée au moyen d'une technique de communication à distance, lorsque les services sont fournis en une seule fois et si la facturation est effectuée par l'opérateur de la technique de communication (article 5-2).

B – Les dispositions spécifiques de la directive sur le commerce électronique

349. La directive sur le commerce électronique comporte des exigences informatives, qui créent un statut juridique des communications commerciales émises par voie électronique. Un certain formalisme informatif est aussi établi en faveur du destinataire du service, auquel les contractants professionnels peuvent déroger d'un commun accord. Le prestataire de service doit fournir de manière « claire, compréhensible, et non équivoque » des informations concernant les différentes étapes à suivre pour la conclusion du contrat. Il doit indiquer si ce dernier, une fois conclu, est ou non archivé par le prestataire et s'il est accessible ou non. Il doit aussi communiquer au destinataire les moyens pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données, ainsi que les langues proposées pour la conclusion du contrat. La directive prévoit, afin de protéger plus efficacement le consommateur, que les clauses contractuelles et les conditions générales qui lui sont fournies doivent l'être de manière à lui permettre de les conserver et de les reproduire. Le commerce électronique n'échappe donc pas au renforcement du formalisme informatif qui caractérise l'intervention

communautaire. Du moins lorsque les relations contractuelles se nouent entre un professionnel et un consommateur.

§3- L'instauration d'un droit de rétractation

350. C'est sur ce point semble-t-il que le droit français a le plus influencé le législateur communautaire. En effet, l'article 21 de la loi française du 3 janvier 1972 relatif au démarchage financier contenait, pour la première fois, un délai de renonciation⁷⁹⁴. De façon plus générale, l'article 3 de la loi française du 22 décembre 1972 relative au démarchage à domicile contenait un délai de rétractation au bénéfice de la personne sollicitée à domicile⁷⁹⁵. Au-delà de l'exemple français, une grande majorité d'Etats membres prévoyait ce type de dispositif⁷⁹⁶. L'inégalité qui existe entre professionnel et consommateur semble faire du droit de repentir l'outil idéal de la protection de ce dernier. Pourtant, le législateur national comme communautaire, conscient que cette technique ne doit pas devenir la méthode générale de protection du consommateur, s'est bien gardé de la généraliser. L'inégalité, effective, entre les deux parties ne suffit pas à rendre le droit de repentir légitime. Il doit s'y ajouter un doute particulier concernant le consentement d'une des parties, condition remplie lorsqu'il s'agit du démarchage, en raison du caractère résolument « agressif » de cette technique ou lorsque le contrat est conclu sans que les deux parties ne soient présentes simultanément ce qui représente une source évidente de risque pour le consommateur. On peut aussi penser aux cas où s'ajoute à la vente un contrat de crédit, source de tentation. C'est l'avis de Jean Calais-Auloy qui estime que la technique du droit de repentir doit être réservée aux cas « où le libre arbitre du consommateur est particulièrement en danger »⁷⁹⁷. Comme l'affirme Raymonde Baillo d ce droit constitue « une prérogative catégorielle servant à corriger les abus liés à une inégalité croissante entre les parties »⁷⁹⁸. Il faut garder à l'esprit qu'il existe une autre méthode

⁷⁹⁴ - Loi sur le démarchage financier et opérations de placement d'assurance, du 3 janvier 1972. Ce texte disposait que « lorsqu'une personne sollicitée par un démarcheur [...] a été amenée à souscrire, lors de la visite du démarcheur un engagement sur les opérations que celui-ci a proposées un délai qui ne peut-être inférieur à quinze jours doit lui être laissé à compter de la souscription pour dénoncer cet engagement. La renonciation au bénéfice du délai est nulle ».

⁷⁹⁵ - Loi du 22 décembre 1972, sur le démarchage à domicile qui disposait « dans les sept jours, jours fériés compris, à compter de la commande ou de l'engagement d'achat, le client a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception. Toute clause par laquelle le client abandonne son droit de renoncer à sa commande ou à son engagement d'achat est nulle et non avenue. ».

⁷⁹⁶ - Pour une étude comparative sur ce point voir : LE TAVERNIER (B.), Comparaison internationale des délais de rétractation et de réflexion prévus par les réglementations relatives à la protection du consommateur, *Revue de la concurrence et de la consommation*, n° 87, 1995, pp. 72-76.

⁷⁹⁷ - CALAIS-AULOY (J.), L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *RTDCiv*, 1994, 2, p. 245.

⁷⁹⁸ - BAILLOD (R.), Le droit de repentir, *RTDCiv*, 1984, p. 232.

permettant la protection du consentement du consommateur : l'instauration d'un délai impératif de réflexion préalable à l'engagement. Celui-ci consiste à rendre impossible la conclusion définitive du contrat jusqu'à l'expiration d'un délai pendant lequel le consommateur est censé réfléchir à son engagement⁷⁹⁹. Moins contestable vis-à-vis du principe de la force obligatoire des contrats, puisqu'il ne porte atteinte à un contrat déjà formé, cette technique a l'inconvénient d'accentuer l'incertitude relative à la conclusion du contrat pour le professionnel. Comme le souligne très justement, Raymonde Baillo⁸⁰⁰ il y a « pour un résultat plus incertain, une augmentation des frais généraux, qui ne (manquera) pas de se répercuter sur les prix ». C'est sans doute pour ces raisons d'ordre économique que la technique du droit de repentir prévaut en droit communautaire pour la protection des consommateurs face à ces pratiques commerciales.

351. L'article 5 de la directive 85/577 sur les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux dispose : « Le consommateur a le droit de renoncer aux effets de son engagement en adressant une notification dans un délai d'au moins sept jours [...] La notification faite a pour effet de libérer le consommateur de toute obligation découlant du contrat résilié ». En ce qui concerne la directive 97/7 sur les contrats à distance c'est l'article 6 qui prévoit un tel droit : « Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables pour se rétracter sans pénalités et sans indication de motif. [...] ». Selon les termes de l'article 6 de la directive, le droit de repentir est d'ordre public : il n'est pas possible pour le consommateur de renoncer par avance à utiliser celui-ci. L'efficacité de la protection serait en effet gravement compromise si le consommateur pouvait sous pression du vendeur renoncer, lors de la signature du contrat, à utiliser cette faculté. Comme le dit le professeur Couturier « tant que subsiste la situation d'infériorité qui explique et justifie l'intervention du législateur, la renonciation au bénéfice de la loi [...] paraît porter atteinte aux exigences de l'ordre public de protection »⁸⁰¹. Dès lors toute clause du contrat ou tout accord annexe par lequel le consommateur renoncerait à utiliser son droit de résiliation est dépourvue d'effet juridique. La nature du droit ainsi accordé au bénéfice du consommateur en commande largement le régime. Il convient donc d'envisager la question de la nature juridique du droit de résiliation (I) avant de pouvoir en établir les conditions d'exercice (II) et les effets (III).

⁷⁹⁹ - Le professeur Cornu définit le délai de réflexion de la façon suivante : « délai [...] imposé par la loi, jusqu'à expiration duquel le contractant qu'elle entend protéger est libre de mettre obstacle à la formation définitive du contrat ».

⁸⁰⁰ - BAILLOD (R.), *Le droit de repentir*, *op. cit.*, p. 252.

⁸⁰¹ - COUTURIER (G.), *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, *Mélanges Flour*, 1980, p. 95, n° 10.

I – La question de la nature juridique du droit de rétractation

352. Le législateur communautaire n'a pas déterminé la nature juridique du droit qu'il accorde au consommateur, laissant ce soin, fort délicat, aux droits nationaux. Le vocabulaire employé pour qualifier le droit accordé au consommateur de revenir sur son engagement, varie fortement. La directive 85/577 évoque un droit de renonciation alors que la directive 97/7 parle de droit de rétractation. En outre, les deux textes utilisent aussi le terme de contrat « résilié »⁸⁰². Les définitions respectives des notions de rétractation et de résiliation⁸⁰³ permettent, en droit national, de les dissocier puisque si les deux créent une certaine incertitude contractuelle, celle créée par la résiliation ne concerne, en principe, que la durée d'application du contrat et non le moment de sa formation. Le droit de résiliation, née de la prohibition des engagements perpétuels, est une faculté au départ propre aux contrats à durée indéterminée, même si elle s'est peu à peu étendu aux contrats à durée déterminée. C'est pourtant dans le même sens que les deux termes sont employés en droit communautaire, ce qui permet de les rapprocher aussi de la notion de droit de repentir⁸⁰⁴. Cette fluctuation terminologique, si elle est à déplorer, ne constitue pas le cœur du problème. C'est la nature juridique, plus que la définition, du droit accordé qui est la source des interrogations les plus importantes. Il s'agit de savoir si le droit accordé, indépendamment de sa définition, permet de revenir sur un contrat valablement formé ou si, au contraire, il diffère la formation de celui-ci dans le temps. Il convient pour s'en persuader d'évoquer les enjeux de la question (A) avant d'envisager les diverses solutions qui sont proposées (B).

A – Les enjeux de la question

353. D'un point de vue théorique d'abord, la réponse à la question posée est d'importance puisqu'elle détermine l'étendue de l'atteinte portée principe de la force

⁸⁰² - Article 5 *in fine* de la directive 85/577 et article 6-4 *in fine* de la directive 97/7.

⁸⁰³ - La rétractation est définie comme une « manifestation de volonté contraire par laquelle l'auteur d'un acte ou d'une manifestation unilatérale de volonté entend revenir sur sa volonté et la retirer comme si elle était non avenue, afin de la priver de tout effet passé ou à venir », CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, p. 776. La résiliation est définie « comme le droit accordé par la loi à l'une des parties ou à chacune d'elles, de mettre fin au contrat par sa seule volonté », BAILLOD (R.), *Le droit de repentir*, RTDCiv, 1984, p. 238.

⁸⁰⁴ - Le droit de repentir se définit comme une « faculté exorbitante reconnue, par faveur, à une personne, dans certains cas déterminés (par la loi ou la convention) de revenir sur le consentement qu'elle avait donné -ou sur le refus qu'elle avait opposé- (en général pendant un délai restreint de rétractation) sans engager sa responsabilité. » : CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 6^{ème} éd., p. 754.

obligatoire des contrats⁸⁰⁵. Si l'exercice de ce droit permet au consommateur de revenir sur un contrat déjà formé, l'atteinte portée à la force obligatoire du contrat est majeure. Au contraire, si ce droit participe à la formation progressive du contrat, la valeur du principe est intacte.

Dans le souci de justifier l'atteinte portée au principe de la force obligatoire des contrats, voire de prouver que cette atteinte n'existe pas, différentes propositions ont été faites concernant la nature de la faculté de rétractation. Des analogies ont été faites avec la notion de réserves, le fait d'accorder à une partie un droit de repentir revenant selon certains à accompagner le premier consentement de celle-ci de « réserves résolutoires »⁸⁰⁶ ou encore avec la promesse unilatérale de vente. Le délai de réflexion représenterait le temps laissé au bénéficiaire de la promesse pour lever l'option et le droit de rétractation serait lui assimilé à la faculté de ne pas lever l'option. Cette dernière conception soulevant d'importantes objections, dont la plus pertinente est la suivante : alors que la levée de l'option a pour effet de former le contrat, le droit de rétractation lui a l'effet contraire : celui d'anéantir le consentement du bénéficiaire. On a pu aussi affirmer que le droit de repentir s'apparenterait à une condition. La rédaction de certains textes, comme par exemple l'article 7 alinéa 2 de la loi du 10 janvier 1978 sur le crédit à la consommation, le laisse à penser, et c'est aussi l'avis d'une partie de la doctrine⁸⁰⁷. Mais cette analogie est combattue par plusieurs auteurs⁸⁰⁸ et nous semble erronée pour au moins deux raisons. D'une part, la doctrine est unanime sur ce point : une condition est une modalité du contrat. Dès lors, elle ne peut donc pas porter sur un élément essentiel du contrat, et encore moins sur le consentement de l'une des deux parties⁸⁰⁹. En effet comme l'affirment Messieurs Mazeaud « pour constituer une condition, l'événement choisi doit être extrinsèque au rapport de droit ; un élément essentiel du contrat ne constituera, donc, jamais, une modalité ». D'autre part, même si l'on admettait que le droit de repentir puisse constituer une condition du contrat en cause, celle-ci serait purement potestative et, de ce fait, ne pourrait qu'être considérée comme nulle notamment au regard de l'article 1174 du code civil français.

⁸⁰⁵ - Exprimé en droit français par l'article 1134 du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ». Dans le même sens l'article 1583 du Code civil relatif au contrat de vente affirme que celle-ci « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

⁸⁰⁶ - Sur le caractère insuffisant de cette analogie voir notamment : CHRISTIANOS (V.), Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de protection des consommateurs, *D.*, 1993, p. 30.

⁸⁰⁷ - En ce sens : FERRIER, Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, *D.* 1980, 177. DOLL (P.-J.) GUERIN (H.), Le démarchage et la vente à domicile, *JCP*, 1973, I, 2524.

⁸⁰⁸ - voir notamment : MOUSSERON (J.-M.), La durée dans la formation des contrats, in : *Etudes offertes à A. Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 551 et enfin MAZEAUD (H.J. et L.), *Leçons de droit civil*, T. II, 1969, 4^{ème} édition, n° 1039, p. 926.

⁸⁰⁹ - TAISNE (J.-J.), *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse, Lille 1976-1977, n° 67 et s.

D'autres auteurs estiment que l'octroi du droit de repentir permet de qualifier le contrat en cause de contrat à terme suspensif. Or, cette qualification n'est pas plus convaincante que la précédente, puisque seule l'exécution du contrat par le consommateur est suspendue pendant le délai de sept jours, et non pas l'obligation du professionnel. La totalité du contrat n'étant pas suspendue, il paraît difficile d'appliquer la notion de terme suspensif ⁸¹⁰.

354. Si la question de la qualification juridique du droit de repentir a suscité, nous venons de le voir, des controverses doctrinales importantes, elle n'a pas seulement un enjeu théorique. En effet, une autre question est directement liée à celle du moment de la conclusion du contrat et donc à la nature du droit accordé : celle du transfert des risques. Imaginons que le contrat en cause, qu'il soit conclu en dehors d'un établissement commercial ou à distance, porte sur l'acquisition d'un bien, ce qui est l'exemple le plus fréquent. Qui supportera les risques de la destruction ou de la perte dudit bien avant l'expiration du délai accordé au consommateur pour exercer son droit de rétractation ? Le silence de la directive sur ce point est regrettable mais s'explique probablement par le souci de respecter les solutions nationales. Or celles-ci sont fort disparates sur ce point : le droit français, à la différence du droit allemand, associe le transfert de propriété et le transfert des risques. C'est l'application de l'adage *res perit domino* : les risques pèsent sur le propriétaire. Dès lors, si l'on considère que le contrat est valablement conclu dès la signature par les deux parties, le consommateur devra logiquement assumer les risques liés à la perte ou à la destruction du bien dont il est devenu propriétaire. A l'inverse pour les partisans de la formation progressive du contrat, le consommateur n'assumera ces risques qu'à l'expiration du délai qui lui est accordé pour se rétracter. Du point de vue de la protection des intérêts financiers du consommateur, l'enjeu est d'importance.

B – Les réponses avancées

355. Deux thèses s'opposent diamétralement. Dans la première le droit de repentir ne s'exercerait qu'au cours de la formation du contrat, celle-ci étant progressive, dans la seconde au contraire il interviendrait bien après la conclusion du contrat qu'il viendrait anéantir.

356. Tout laisse à penser que l'on se trouve plutôt dans le cas d'un consentement imparfait donné par le consommateur. C'est pourquoi on a pu plaider en faveur de la première

⁸¹⁰ - CHRISTIANOS (V.), Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de protection des consommateurs, D., 1993, p.30.

conception qui s'inspire de la théorie d'origine germanique de la « *punctuation* »⁸¹¹ qui elle-même remonte à celle du *negotium imperfectum*, selon laquelle le consentement du consommateur se développe sur la durée du délai de réflexion qui lui est accordé, et ne devient parfait qu'à l'expiration de celui-ci. Cette atténuation de la conception « instantanéiste »⁸¹² de la formation du consentement, s'expliquant par le doute que l'on peut avoir, compte tenu des pratiques agressives utilisées par les vendeurs, sur la valeur du premier consentement émis. Avec l'existence d'un droit de repentir, la formation du contrat cesse d'être instantanée pour devenir progressive. Cette analyse de la nature du droit de repentir, défendue par Raymonde Baillod qui compare la conclusion du contrat avec le développement de l'embryon est partagée par plusieurs auteurs⁸¹³. Si elle paraît séduisante et même convaincante, cette analyse doit faire face à de sérieuses objections.

357. Les dispositions de la loi française ainsi que de la directive communautaire plaident en effet davantage en faveur d'un contrat synallagmatique valablement formé lors du premier consentement. L'article 4 de la loi française, tout d'abord, prévoit que le professionnel doit remettre au consommateur un exemplaire du contrat au moment de la conclusion, et que tous les exemplaires doivent être datés et signés de la main de celui-ci. Il paraît difficile, dans ces conditions, de s'éloigner de la conception d'un contrat valablement conclu⁸¹⁴. De plus, à l'expiration du délai de réflexion, aucune confirmation de volonté n'est exigée du consommateur afin de conclure définitivement le contrat, et si la faculté de rétractation n'est pas utilisée, c'est bien le premier échange de consentement qui servira de départ au contrat. Dès lors, on peut affirmer que si la thèse de la formation instantanée du contrat ne semble pas correspondre à la « réalité psychologique »⁸¹⁵, la thèse de la formation progressive du contrat, elle, ne correspond à la réalité juridique. Cette conception est d'ailleurs confirmée par la Cour

⁸¹¹ - La notion de « *punctuation* » est employée ici, pour désigner la formation du contrat de façon successive, mais, elle peut aussi désigner l'écrit que les parties peuvent rédiger pour fixer les points de négociations sur lesquels elles sont, dès à présent, d'accord. Pour de plus de précision sur cette seconde signification, voir : RIEG (A.), La « *PUNCTATION* » Contribution à l'étude de la formation successive du contrat, in : *Etudes offertes à A. Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, pp. 593-607.

⁸¹² Expression employée par J.M. Mousseron, dans l'article précité : La durée dans la formation des contrats, in : *Mélanges Jauffret*, op. cit., 1974, p. 519.

⁸¹³ - C'est notamment le cas de Jean Calais-Auloy, qui reprend le terme d'embryon concernant le consentement du consommateur : L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *RTDCiv*, 2, 1994, p. 244 ; voir aussi : MOUSSERON (J.-M.), La durée dans la formation des contrats, op. cit., pp. 519-522. CORNU (G.), Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français, *Travaux de l'Association R.. Capitain*, t. XXIV, 1973, p. 144, n° 21 ; ou encore BIETRIX BIRBES, *Vente à domicile et protection des consommateurs*, op. cit., p. 1 ; et PETIT (B.), La formation successive du contrat de crédit, dans le droit du crédit au consommateur, *Travaux de l'Association R.. Capitain*, t. XXIV, 1973, p. 93, n° 27.

⁸¹⁴ - En ce sens voir : PIZZIO (J.-P.), Un apport législatif en matière de protection du consentement, *RTDCiv*, 1976, p. 66 ; MICKLITZ (H.-W.), La directive 97/7/CE sur les contrats à distance, op. cit., p. 35.

⁸¹⁵ - CALAIS -AULOY (J.), Les ventes agressives, *D.*, 1970, chron., p. 37.

de Justice des Communautés européennes elle-même puisque, dans un arrêt du 23 mars 2000 concernant le contrat de crédit à la consommation, elle évoque la directive 85/577 sur les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux et affirme que le texte « vise à protéger [les consommateurs] en leur conférant un droit général de revenir sur un contrat conclu ⁸¹⁶ non pas à l'initiative du client, mais à celle du commerçant. »⁸¹⁷. La juridiction communautaire semble donc ici clairement plaider en faveur de la thèse d'un contrat valablement formé dès la signature.

358. Monsieur Vassili Christianos a élaboré une thèse intermédiaire ⁸¹⁸ qui, à nos yeux, est encore plus convaincante. Cette conception repose sur l'existence d'un mécanisme original consistant à dissocier la formation valable du contrat conclu en dehors des établissements commerciaux de l'exécution de celui-ci. Dans cette optique, il existe une dissociation entre la perfection du contrat et son efficacité. En effet un acte juridique peut très bien être parfaitement valable sans pouvoir produire ses effets avant la réunion de certains éléments. L'exemple du testament qui est donné par Vassili Christianos est significatif, et le fait qu'il s'agisse d'un acte unilatéral n'enlève rien à la démonstration. Cet acte juridique peut-être parfait et même valable sans qu'il puisse être exécuté. Pour cela il faudra que l'élément imposé par la loi, le décès de l'auteur, se réalise ; ce décès étant la condition de l'efficacité de l'acte indépendamment de sa perfection. De la même façon, la perfection du contrat conclu entre le professionnel et le consommateur au domicile de celui-ci ne faisant pas de doute, son efficacité est suspendue jusqu'à l'expiration du délai de rétractation. Une fois ce délai expiré, et si le consommateur n'a pas usé de son droit, le contrat « déjà parfait acquiert de plein droit son efficacité pour l'avenir » ⁸¹⁹. L'analyse de la terminologie employée, aussi bien dans la loi française que dans le texte communautaire, plaide en faveur de la thèse du contrat déjà formé : la directive évoque clairement la notion de « résiliation » du contrat. De plus le fait même que le texte n'exige pas de réitération du consentement du consommateur une fois le délai expiré n'est-il pas la preuve que le contrat était parfait dès l'échange des consentements ? Nous le croyons et remarquons qu'avant Vassili Christianos, Monsieur Ferrier avait aussi défendu cette thèse ⁸²⁰. Cette approche prend tout son sens dès que l'on se penche sur la question du transfert des risques. Rappelons que dans cette conception, le contrat est valablement conclu

⁸¹⁶ - C'est nous qui soulignons.

⁸¹⁷ - CJCE, 23 mars 2000, *Berliner Kindl Brauerei AG*, aff C-208/98, *Rec.* p. 1741, point 31.

⁸¹⁸ CHRISTIANOS (V.), *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de protection des consommateurs*, D., 1993, pp. 28-32.

⁸¹⁹ - *Ibid.*, p.30.

⁸²⁰ - FERRIER (D.), *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, D., 1980, XXVI, pp. 177-188.

dès l'échange des consentements mais ne devient efficace, c'est à dire ne produit d'effets, qu'après l'expiration dudit délai. Le transfert de propriété du bien, et donc celui des risques ne pèseront sur le consommateur qu'à ce moment précis, ce qui est conforme à l'esprit de protection qui anime la directive mais aussi à l'article 5-2 de celle-ci qui dispose que l'exercice du droit de repentir libère le consommateur « de toute obligation découlant du contrat résilié ». Cette disposition serait dépourvue d'effet utile si le consommateur devait assumer les risques liés à la destruction du bien en cause. Il s'agirait cependant d'un bouleversement de nos principes de droit des contrats.

II - Les conditions de l'exercice du droit de rétractation

359. L'incertitude juridique engendrée par l'existence du droit de repentir ne peut être illimitée dans le temps. L'exercice de ce droit doit donc être strictement encadré. Le droit de repentir prévu pour protéger les consommateurs est généralement d'une semaine. C'est le délai prévu par la directive. Il s'agit du délai qui paraît le plus satisfaisant au regard des considérations opposées que sont la nécessaire réflexion du consommateur loin de la présence du professionnel et celle de la sécurité juridique de ce dernier⁸²¹. La directive prévoit simplement le point de départ du délai de rétractation, mais pas la méthode de calcul de celui-ci. En ce qui concerne le calendrier, le décompte des jours ouvrables et fériés elle renvoie sur ce point aux législations nationales.

360. Le texte ne prévoit pas non plus les conditions formelles de la notification, mais indique néanmoins qu'il suffit que celle-ci soit « expédiée avant l'expiration [du délai] »⁸²². La formule employée ici (notification expédiée) ainsi que la rédaction toute entière de l'article 5-1 (« le consommateur a le droit de renoncer aux effets de son engagement en adressant⁸²³ une notification[...] ») a pu faire penser que la directive imposait une notification sous forme écrite. La CJCE a rendu un arrêt en sens inverse le 22 avril 1999⁸²⁴. Dans cette affaire, un consommateur avait conclu un contrat ayant pour objet l'acquisition d'un droit de jouissance à temps partiel sur bien immobilier (contrat aussi dénommé *timeshare* ou « multipropriété »), ledit contrat ayant été conclu en dehors des établissements commerciaux du vendeur. Trois jours après la signature de celui-ci, Monsieur Sanchis, l'acquéreur, s'était rendu dans les locaux du vendeur pour déclarer verbalement qu'il faisait usage de son droit de rétractation. Le

⁸²¹ - Voir en France l'article 3 de la loi du 22 décembre 1972, et l'article 16 de la loi du 10 janvier 1978

⁸²² - Article 5-1 de la directive.

⁸²³ - C'est nous qui soulignons.

⁸²⁴ - CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac SL c. Manuel José Antelm Sanchis*, aff C-423/97, *Rec.* p. 2195.

Tribunal de première instance de Valence saisi de l'affaire pose à la juridiction communautaire la question suivante : la notification prévue à l'article 5-1 de la directive doit-elle être effectuée de manière expresse ou le cas échéant la renonciation peut-elle consister dans des actes dépourvus d'ambiguïté ? La Cour affirme que la directive ne s'oppose pas à ce qu'un Etat membre adopte une réglementation disposant que la notification n'est soumise à aucune condition de forme. La Cour rejette ensuite les arguments tirés de la rédaction de la directive, évoque la nécessité de protéger le consommateur et donc celle d'une interprétation large des dispositions en cause, pour en conclure que la notification peut très bien consister en des actes dépourvus d'ambiguïté et que, dès lors, une notification orale est tout à fait acceptable dans un Etat où la législation ne prévoit aucune forme particulière. Etudiant cette jurisprudence, nous constatons que si l'absence de formalisme que la Cour consacre concernant le droit de rétractation du consommateur, en facilitera certainement l'usage, il n'en est pas pour autant un gage de protection pour le consommateur. En effet, dans les Etats où une telle rétractation verbale est rendue possible, se posera sans aucun doute la question de la preuve de l'usage de ce droit. L'exigence de l'écrit, et même d'une lettre recommandée avec accusé de réception comme c'est le cas dans la législation française, nous semble de ce point de vue une protection plus sûre des intérêts du consommateur, sans pour autant constituer un véritable obstacle à l'usage du droit de rétractation.

361. Dans l'arrêt précité il était aussi question de savoir si le consommateur avait à prouver qu'il a été manipulé par le commerçant ou que celui-ci a eu un comportement déterminé. La Cour a bien entendu répondu par la négative. Elle rappelle que si un droit de rétractation a été instauré c'est que, dans ce type de contrat, le consommateur « n'est en aucune façon préparé aux négociations et se trouve pris au dépourvu et que, souvent, il n'est pas à même de comparer la qualité et le prix de l'offre avec d'autres offres », et en conclut qu'il « suffit, pour que le consommateur bénéficie du droit de renonciation [...] qu'il se trouve dans l'une des situations objectives décrites à l'article 1^{er} de la directive. En revanche, un comportement déterminé ou une intention de manipuler de la part du commerçant ne sont pas exigés et n'ont donc pas à être prouvés »⁸²⁵.

Il faut ajouter que le consommateur qui utilise la faculté de résiliation n'a en aucun cas obligation de justifier son choix. C'est en quelque sorte une faculté discrétionnaire qui ne pourrait être sanctionnée que par la théorie de l'abus de droit. Cette précision a son importance dans des situations où l'on sait que le consommateur se trouve

⁸²⁵ - Points 42, 43 et 44 de l'arrêt.

quelquefois dans une position de faiblesse telle que s'il avait à justifier sa position il se pourrait qu'il n'utilise jamais la faculté qui lui est attribuée.

362. La gratuité de la rétractation est dictée par la finalité même du droit accordé. A quoi bon en effet octroyer au consommateur un droit de repentir si c'est pour lui imposer une indemnisation de celui qui fait figure d' « agresseur ». La Cour a confirmé ce principe dans l'arrêt déjà cité : « La directive 85/577 s'oppose à ce qu'un contrat comporte une clause imposant le paiement par le consommateur d'une indemnité forfaitaire pour dommages causés au commerçant au seul motif qu'il a exercé son droit de renonciation »⁸²⁶. Comme le déclarait l'avocat général Alber de tels dommages et intérêts reviendraient à sanctionner le consommateur pour avoir exercé son droit de renonciation, et serait donc contraire aux objectifs de la directive. La gratuité de la rétraction est primordiale pour assurer une protection efficace du consommateur et peut légitimement être considérée comme « la rançon des abus de certaines méthodes de vente »⁸²⁷.

III - Les effets de l'utilisation du droit de rétractation

363. La notification libère le consommateur de toutes obligations issues du contrat. Les effets juridiques de la résiliation, comme le remboursement des paiements ou la restitution des marchandises sont laissés à la compétence des législations nationales. Lorsque le contrat porte sur un prix partiellement ou entièrement couvert par un crédit, que celui-ci soit accordé par le fournisseur ou par un tiers, le contrat de crédit est résilié sans pénalité dès lors que le consommateur a utilisé son droit de résiliation⁸²⁸.

364. Dans un souci de protection de la situation économique du fournisseur et compte tenu de la spécificité de l'objet du contrat, le droit de résiliation, et donc son corollaire le droit de retour des marchandises prévus pour les ventes conclues à distance, se trouve exclu dans certains cas. Il s'agit des contrats de fourniture de service dont l'exécution a commencé avec l'accord du consommateur avant l'expiration du délai, des contrats dans lesquels le prix est fonction de fluctuation des taux des marchés financiers, des contrats de fourniture de biens lorsque ceux-ci sont fabriqués selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent être réexpédiés sans subir de

⁸²⁶ - Point 60 de l'arrêt déjà cité.

⁸²⁷ - Selon l'expression utilisée par Raymonde Baillod, article précité, p. 250

⁸²⁸ - Précaution expressément prévue par la directive concernant la vente à distance en son article 6-4, mais pouvant selon toute vraisemblance être appliquée aux contrats conclus hors des établissements commerciaux.

détérioration. Il s'agit enfin des cas des contrats portant sur des enregistrements vidéo ou audio, des logiciels informatiques, des journaux, périodiques ou magazines ou enfin sur des services de loteries ou de paris ⁸²⁹.

365. L'essor du commerce électronique a fait apparaître des interrogations juridiques nouvelles : lorsque la loi exige un écrit, un document électronique peut-il satisfaire à cette obligation ? Ces messages sont-ils dotés d'une valeur probante ? Une signature électronique peut-elle conférer à un message électronique une valeur juridique ? L'article 5 de la directive apporte une réponse positive à ces questions. Le paragraphe *a* impose aux Etats de faire en sorte que les signatures électroniques « répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier ». Le paragraphe *b* impose plus explicitement que les signatures électroniques soient recevables comme preuves en justice. Il semble que le droit communautaire, par le biais de cette directive qui régit la dématérialisation des échanges contractuels, bouleversera les données fondamentales du droit de la preuve dans les différents Etats membres ⁸³⁰.

§4 – LA PROTECTION SPÉCIFIQUE DU CONSOMMATEUR QUI CONTRACTE À DISTANCE

366. La vente à distance constitue un domaine privilégié pour les agissements frauduleux des professionnels. Or, les Etats membres ont, sur ce point, des approches très inégales : en Grande-bretagne ce système de vente n'est quasiment pas réglementé, en Allemagne le démarchage téléphonique est strictement interdit et en France le législateur a opté pour une approche médiane. De plus, le développement spectaculaire des techniques de communication a considérablement simplifié le processus contractuel, et, des traditionnelles ventes par correspondance, par téléphone, ou par fax et télévision on a pu récemment voir se développer un marché autrement plus important : celui des ventes par voie électronique. La

⁸²⁹ - Article 6-3 de la directive.

⁸³⁰ - Ceci dépassant largement le champ de notre étude, voir : BARESCH (D.), Sécurité et confiance dans la communication électronique - Pour une approche européenne, *RMCUE*, juillet-Août 1998, n° 420, pp. 437-441. BARESCH (D.) SCHLECHTER (R.), La directive européenne pour les signatures électroniques, *RMCUE*, juin 2000, n° 439, pp. 387-191

simplification du processus contractuel rendu possible par le développement des nouvelles techniques de communication a pour conséquence que sont aujourd'hui vendus à distance un nombre considérable de produits qui ne l'étaient pas auparavant. A côté de certaines dispositions qui ont pour objectif d'assainir les pratiques en vigueur dans ce type de communication et qui ne touchent pas au droit des contrats de manière directe⁸³¹, la directive 97/7 comme la directive 2000/31 sur le commerce électronique comportent des prescription qui influencent la relation contractuelle.

367. La principale innovation de la directive 97/7 est contenue dans son article 7. Celui-ci impose au professionnel un délai d'exécution. Il dispose ainsi : « Sauf si les parties en ont convenu autrement, le fournisseur doit exécuter la commande au plus tard dans un délai de trente jours à compter du jour suivant celui où le consommateur a transmis sa commande au fournisseur. » En cas d'inexécution résultant de l'indisponibilité du bien ou du service commandé, le paragraphe 2 de l'article 7 prévoit que le consommateur doit être informé de cette indisponibilité et doit pouvoir être remboursé dans les meilleurs délais et, dans tous les cas, dans les trente jours, des sommes déjà versées. Ce délai impératif d'exécution est une véritable innovation, car aucun délai de ce type n'existait dans aucun des Etats membres.

⁸³¹ - L'article 10 établit ce que l'on pourrait appeler un « droit à la tranquillité ». Voir en ce sens : ALLIX (J.), La directive 97/7 : CE : Contrats à distance et protection des consommateurs, *RAE*, 1998 , 3, p. 184. La directive prévoit des « limites à l'utilisation de certaines techniques de communication à distance » En ce qui concerne les automates d'appel, de plus en plus utilisés, et les fax un consentement du consommateur est nécessaire, et pour les autres techniques de communication à distance lorsqu'elles permettent une communication individuelle, celles-ci pourront être utilisées qu'en cas d'absence d'opposition manifeste du consommateur. Lorsqu'un consentement préalable est exigé cela suppose qu'il existe des relations contractuelles préalables entre le consommateur et le fournisseur. Concernant les cas où une opposition manifeste est exigée, notons que des listes de consommateurs ne voulant pas recevoir de mailing existent déjà et sont à la disposition des grandes entreprises de vente par correspondance. Le problème majeur réside dans le flou qui entoure la notion de « communication individuelle ». Difficile en effet de savoir si des prospectus sans adresse mais déposés dans des boîtes à lettres individuelles sont ou non des « communications individuelles » Cette protection du consommateur contre les démarchages non désirés, est une innovation pour l'Etat français qui ne comportait aucune disposition particulière en la matière. La directive sur le commerce électronique vient compléter le système mis en place en 1997. L'article 7-1 indique que lorsque les communications commerciales non sollicitées sont autorisées, celles-ci doivent pouvoir être identifiées de manière claire et non équivoque dès leur réception par le destinataire. L'article 7-2 impose aux Etats membres de garantir que les prestataires qui utilisent ce type de communication, consultent régulièrement les listes sur lesquelles s'inscrivent les personnes ne désirant pas en recevoir.

L'article 8 prévoit qu'en cas d'utilisation frauduleuse de sa carte de paiement, le consommateur devra pouvoir obtenir l'annulation du paiement et le remboursement des sommes versées. Cette précision constitue une protection du consommateur en ce qu'elle constitue un élément de confiance dans les transactions opérées électroniquement. Mais il ne s'agit que d'un premier pas dans la mise en place d'une réglementation des paiements à distance. L'article 9 enfin, interdit la vente forcée. Le paragraphe 1 stipule qu'est interdite « la fourniture de biens ou de services sans commande préalable [du consommateur] » dès lors que cette fourniture comporte une demande de paiement. Le paragraphe 2, quant à lui, précise que le silence ou l'absence de réponse du consommateur ne vaut pas acceptation⁸³², ce qui correspond parfaitement au principe admis en droit français.

368. L'article 11 de la directive 2000/31 crée un régime impératif des commandes passées sous la forme électronique. En vertu de cette disposition, lorsque le destinataire passe sa commande, le prestataire a l'obligation d'en accuser réception par voie électronique sans délai injustifié. Il est précisé que la commande et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès. Le prestataire doit permettre au destinataire de prendre connaissance des éventuelles erreurs commises dans la saisie des données relatives à la demande, et de lui permettre de les corriger, avant la passation de la commande. Précisions que, lorsque le contrat est conclu exclusivement par voie d'échange de courriers électroniques ou moyens de communication équivalents, cet ensemble de règles n'est pas applicable. A côté de la réglementation des techniques spécifiques de conclusion des contrats, le droit communautaire a, à l'instar de certains droits nationaux, réglementé directement certains contrats recelant des problèmes spécifiques eu égard à la protection des consommateurs.

Section 2

LA RÉGLEMENTATION DES CONTRATS SPÉCIAUX

369. Certains contrats se révèlent être des domaines spécifiques à l'intérieur desquels la protection du consommateur doit être accrue en raison d'abus manifestes de la part des professionnels de la branche : c'est le cas des contrats dits « de tourisme » D'autres parce

⁸³² - Notons que l'article R-635-2 du code pénal français lui, sanctionne lui aussi l'envoi forcé d'objet sans commande préalable et que cette interdiction a été inscrite dans le Code français de la consommation.

qu'ils portent directement sur un objet financier. Le législateur communautaire est donc intervenu pour réglementer ce type de contrat. Mais pas seulement ; récemment certains aspect du plus usuel des contrats, le contrat de vente, ont été saisis par le droit communautaire. Aujourd'hui donc, ce dernier protège à la fois les droits de l'acquéreur d'un bien (§1), du « consommateur-touriste » (§2) et du « consommateur payeur » (§3).

§1 – LES DROITS DE L'ACQUÉREUR D'UN BIEN

370. Le consommateur qui cherche à acheter des biens dans des Etats membres autres que celui de sa résidence, a un rôle essentiel dans le développement du marché intérieur. Le développement récent du commerce électronique et de la vente à distance a conduit à développer cette pratique qui était jusqu'alors peu courante. Or, il existe entre les législations des différents Etats des disparités importantes en ce qui concerne la vente des biens de consommation. Ces disparités constituent une entrave à l'utilisation, par le consommateur, des nouvelles technologies permettant l'achat à distance. Le consommateur pour acheter un bien, dans un autre Etat que le sien, doit être mis en confiance quant aux garanties qui lui seront accordées en cas de défaut de conformité de ce bien. C'est dans ce souci qu'a été adoptée la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation⁸³³. Ce texte, adopté près trois années de discussion, constitue un grand pas vers un droit européen de la consommation. Il s'agit probablement, du texte communautaire qui touche au plus près le droit des contrats, après la directive sur les clauses abusives. Le texte a vocation à se substituer aux règles françaises gouvernant la garantie contre les vices cachés⁸³⁴.

371. Le champ d'application de la directive est déterminé en fonction des notions de consommateur et de professionnel. Rentrent dans le champ d'application de la directive les ventes conclues entre un professionnel, le vendeur et un consommateur, ces deux notions étant définies traditionnellement. Le consommateur est une « personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale »⁸³⁵, et le vendeur est défini comme étant celui qui « en vertu d'un contrat vend des biens de consommation dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale »⁸³⁶. Seules sont incluses les ventes portant sur des biens de consommation. Cette notion est définie de manière très large par la directive puisqu'il s'agit de « tout objet mobilier corporel ». Certains biens sont exclus du domaine d'application du texte : d'une part, les biens vendus sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice et, d'autre part, l'eau et le gaz lorsqu'il ne sont

⁸³³ - Directive 1999/44 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *JOCE* n° L-171/12 du 7/07/99, pp. 12-16.

⁸³⁴ - Articles 1641 à 1648 du Code civil.

⁸³⁵ - Article 1^{er}-2-a de la directive.

⁸³⁶ - *Ibid*, article 1^{er}-2-c.

pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée ainsi que l'électricité. A côté de ces exclusions obligatoires, la directive laisse la possibilité aux Etats membres d'exclure de la protection les biens d'occasion vendus aux enchères publiques lorsque les consommateurs ont la possibilité de participer personnellement à la vente.

I - Les conditions de la garantie

372. La mise en jeu de la garantie est fondée sur la notion de « défaut de conformité » au contrat. Cette notion est définie très largement par la directive. Pour être conforme, le bien doit correspondre à la description donnée par le vendeur, doit être propre à tout usage spécial recherché par le consommateur pourvu qu'il l'ait porté à la connaissance du vendeur, ainsi qu'aux usages auxquels servent habituellement les biens du même type.⁸³⁷ Mais il doit aussi présenter la qualité et les prestations habituelles d'un bien de même type auxquelles peut raisonnablement s'attendre le consommateur, eu égard à la nature du bien et compte tenu des déclarations publiques faites par le vendeur, le producteur ou son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage. Ce principe contenu dans l'article 2-2 alinéa *b* du texte est particulièrement important pour deux raisons. Parce qu'il consacre juridiquement la notion « d'attente raisonnable du consommateur » mais surtout parce qu'il donne une valeur juridique à la publicité et à l'étiquetage faits sur le produit. Ce statut juridique de la publicité s'inscrit parfaitement dans la politique communautaire de protection du consommateur puisque, outre la directive sur la publicité trompeuse, différents textes consacrent une valeur juridique aux offres publicitaires : c'est le cas notamment pour les brochures publicitaires qui lient le détaillant ou l'organisateur en ce qui concerne les voyages et vacances à forfait ou encore pour les offres de crédit à la consommation pour lesquelles la directive prévoit des mentions obligatoires. L'idée est bien entendu de protéger le consommateur en lui permettant d'émettre un consentement éclairé. Pour se dégager de la responsabilité qui lui incombe, en vertu des déclarations publiques du producteur ou de son représentant, le vendeur devra prouver qu'il ne connaissait pas et qu'il ne pouvait raisonnablement connaître les déclarations en cause, ou que celles-ci avaient été rectifiées au moment de la conclusion du contrat ; ou encore s'il démontre que le consommateur n'a pas pu être influencé par ces déclarations dans sa décision d'achat⁸³⁸. Notons pour conclure sur ce point que, selon le considérant 8 de la directive, la qualité et les prestations que le consommateur peut raisonnablement attendre doivent être évaluées en tenant compte, entre autres, du caractère neuf ou d'occasion du bien.

⁸³⁷ - Ce qui est conforme à l'article 1641 du Code civil français en vertu duquel la chose ne doit pas être impropre à l'usage auquel on la destine.

⁸³⁸ - *Ibid*, article 2-4.

373. Le défaut de conformité ne peut être constitué, en vertu de l'article 2-3, si le consommateur connaissait ou ne pouvait raisonnablement ignorer ce défaut, ou bien si celui-ci résulte des matériaux que le consommateur a lui-même fournis. Cette précision est parfaitement conforme avec le droit français qui requiert que le vice de la chose soit caché. Par contre, en vertu du paragraphe 5 du même article, le défaut de conformité est réalisé lorsque celui-ci résulte d'une installation défectueuse, lorsque l'installation fait partie du contrat de vente et a été effectuée par le vendeur ou sous sa responsabilité. Il en va de même lorsque le consommateur a lui-même réalisé l'installation infructueuse et que celle-ci résulte d'une erreur dans les instructions de montage.

374. La responsabilité du vendeur ne peut être engagée que si le défaut de conformité apparaît dans un délai de deux ans à compter de la date de délivrance du bien. Le délai choisi est donc un délai relativement long, en tous cas bien plus long que les délais en vigueur dans certains Etats membres : Allemagne, Autriche Grèce, Espagne et Portugal où le délai en vigueur n'est que de six mois. La directive prévoit logiquement que les Etats membres qui ont édicté des délais plus long peuvent les conserver. L'Irlande et la Grande-Bretagne peuvent donc parfaitement maintenir leur délai légal de six ans après le 1^{er} janvier 2002, date à laquelle a expiré le délai de transposition de la directive. L'application de ce délai en France nécessitera une adaptation jurisprudentielle. En effet, en vertu de l'article 1648 du Code civil, l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée dans un « bref délai ». Les juges, auxquels il appartient souverainement de fixer la durée de ce « bref délai » en fonction de la nature des vices rédhibitoires et de l'usage du lieu où la vente a été faite, auront donc à prendre en considération cette garantie minimale de deux ans imposée par le droit communautaire. Concernant le point de départ du délai, fixé au jour de la délivrance de la chose, la solution communautaire s'avère plus simple mais peut être moins protectrice que celle du droit français qui est fixé à la connaissance du vice par l'acheteur.

375. Le paragraphe 3 de cet article 5 consacre une présomption d'antériorité du défaut à la vente dès lors que celui-ci est apparu dans un délai de six mois à compter de la délivrance de la chose. Même s'il ne s'agit pas d'une présomption irréfragable, la preuve contraire pourra être apportée par le vendeur, cette règle se révèle très protectrice des intérêts du consommateur. Elle a pour objectif de pallier la difficulté pour le consommateur, à qui incombe la charge de la preuve, de prouver l'antériorité du défaut au jour de la délivrance.

Cette présomption tombe lorsqu'elle n'est pas compatible avec la nature du bien ou du défaut dont il est affecté. Cette dernière atténuation semble être une application nouvelle du principe de proportionnalité cher au droit communautaire.

II – Le contenu de la garantie

376. L'article 3 de la directive offre au consommateur qui découvre, dans les délais, un défaut de conformité trois moyens d'y remédier. Tout d'abord le consommateur a le droit de demander la mise en état conforme du bien, sans frais. L'expression sans frais désigne les frais nécessaires exposés pour la mise en conformité : frais d'envoi et frais liés au travail et au matériel engagé⁸³⁹. Cette mise en état conforme peut résulter soit d'une réparation soit d'un remplacement du bien en cause. Le consommateur dispose en théorie du choix entre ces deux moyens de mise en conformité. Cependant cette liberté de choix est limitée par le principe de proportionnalité. Un mode de dédommagement peut être considéré comme disproportionné s'il impose des coûts qui, par rapport à l'autre mode, sont déraisonnables en fonction de la valeur initiale du bien, de l'importance du défaut décelé. Il est aussi recherché si l'autre mode de dédommagement peut être mis en œuvre sans inconvénient majeur pour le consommateur. C'est ainsi par exemple qu'un objet de faible valeur sera certainement remplacé et non réparé dès lors que la réparation se révèle trop coûteuse. Quel que soit le moyen choisi, la mise en conformité devra être effectuée « dans un délai raisonnable et sans inconvénient majeur pour le consommateur ». Il devra être tenu compte, sur ce point, de la nature du bien et de l'usage recherché par le consommateur.

Dans le cas où la mise en conformité n'était pas accomplie ou ne pouvait être accomplie, le consommateur a le droit d'exiger, en vertu du paragraphe 5 de l'article 3, une réduction adéquate du prix ou encore la résolution du contrat. Le consommateur dispose de la liberté de choix entre les deux moyens, dans la limite, encore une fois, du principe de proportionnalité puisque le paragraphe 6 prévoit que « le consommateur n'est pas autorisé à demander la résolution du contrat si le défaut de conformité est mineur ». Si la directive n'emploie pas le terme de « remboursement » mais celui de « réduction adéquate du prix » c'est tout simplement parce qu'il faut tenir compte de l'usage qu'a pu faire le consommateur du bien depuis le jour de la livraison de celui-ci. Le considérant 16 est relatif aux biens d'occasion. Il est prévu, au regard de la spécificité de ce type de bien, compte tenu du fait que leur remplacement est souvent impossible, que les Etats puissent prévoir un délai de responsabilité plus court.

377. Il est courant que le vendeur offre, sans y être légalement obligé, pour l'achat de certains types de biens, essentiellement l'électroménager, une garantie permettant au consommateur de faire réparer ou échanger le bien par le magasin lui-même, lorsqu'un défaut survient dans un certain délai. Ce type de garantie est généralement perçu comme très favorable à l'acquéreur puisque celui-ci, pour en bénéficier, n'a pas à faire la preuve du vice caché de la chose. Le législateur communautaire a pourtant entrepris d'encadrer ces garanties contractuelles offertes par le vendeur. Il est d'abord prévu que la garantie offerte « doit lier juridiquement »⁸⁴⁰ celui qui l'émet. La garantie doit être remise au consommateur par écrit ou sur un autre support durable. Elle doit impérativement contenir certaines mentions. Tout d'abord il doit être inscrit que le consommateur dispose de droits au titre de la législation nationale et que ceux-ci ne sont pas affectés par ladite garantie. Le document doit par ailleurs établir « en termes simples et compréhensibles »⁸⁴¹ le contenu de la garantie, ces conditions essentielles de mise en œuvre tels que sa durée, son étendue géographique et enfin le nom et les coordonnées du garant. Le législateur laisse les Etats membres libres d'imposer que la garantie soit exprimée dans une ou plusieurs langues parmi les langues officielles de la Communauté. Cet essai du législateur de consacrer un statut légal de la garantie offerte par le vendeur s'inscrit dans un souci de protection efficace du consommateur. Ce type de garantie, s'il n'est pas réglementé, peut paradoxalement se révéler néfaste pour les intérêts du consommateur, en induisant celui-ci en erreur. En effet, mal informé, le consommateur peut être tenté de penser que cette garantie constitue le seul moyen dont il dispose en cas de défaut du bien acquis. Une fois le délai de la garantie dépassé, ou lorsque pour une raison quelconque celle-ci ne peut jouer, il n'engagera aucune action en justice pour obtenir la mise en conformité ou en dédommagement, persuadé que l'ensemble de ses droits sont épuisés. L'insertion de cet article 6 dans cette directive devrait pallier cet inconvénient grâce à une meilleure information du consommateur. L'importance d'un tel apport du droit communautaire pour la protection du contractant consommateur ne devrait pas être négligé.

378. La France, avec la Belgique le Luxembourg et la Finlande, prévoient dans le cas du défaut de conformité, la responsabilité du producteur du bien. La directive communautaire quant à elle, fait du vendeur le seul responsable vis-à-vis du consommateur. Ce choix est parfaitement conforme aux législations de la plupart des Etats membres et à la prudence du législateur communautaire. Mais dans un souci de protection plus poussée du consommateur,

⁸³⁹ - *Ibid*, article 3-4.

⁸⁴⁰ - *Ibid*, article 6-1.

⁸⁴¹ - *Ibid*, article 6-2.

il n'est pas exclu d'avoir recours, au plan communautaire, à la responsabilité directe du producteur. Effectivement, le considérant 23 du texte dispose qu' « il pourra s'avérer nécessaire d'envisager une harmonisation plus poussée, notamment en prévoyant une responsabilité directe du producteur pour les défauts qui lui sont imputables ». En attendant une telle évolution, l'article 4 prévoit, d'ores et déjà, la possibilité d'une action récursoire au bénéfice du vendeur. Lorsque le défaut de conformité résulte d'une faute, erreur ou omission, du producteur du bien, d'un vendeur placé en amont dans la chaîne contractuelle, ou encore de tout autre intermédiaire, le vendeur final qui aura vu sa responsabilité engagée par le consommateur a la possibilité de se retourner contre le ou les responsables. La directive laisse aux Etats membres le soin de déterminer les conditions et les modalités d'exercice de l'action récursoire. Cette dernière précision constitue, l'illustration de l'application rigoureuse du principe de subsidiarité par le législateur communautaire, ainsi que la preuve de la flexibilité de l'harmonisation réalisée au plan communautaire.

§2 - LES DROITS DU « consommateur-TOURISTE »

379. En Europe, les premières « conquêtes sociales »⁸⁴² ont fait accéder les masses à l'ère des loisirs et particulièrement du tourisme. Or le consommateur-touriste⁸⁴³ fait face à des risques importants. Les contrats de tourisme quels qu'ils soient présentent des difficultés propres : le caractère souvent transfrontière, le laps de temps assez long qui s'écoule entre la conclusion du contrat et son exécution, le luxe des brochures publicitaires mais surtout la méconnaissance totale de ses droits par le consommateur. C'est pourquoi parmi le peu de contrats qui sont directement réglementés par le droit communautaire nous retrouvons deux contrats relevant des contrats dits de tourisme : le contrat de *timeshare* et le contrat de voyage à forfait. Le transport aérien régulier de passagers est lui aussi réglementé par le droit communautaire, mais cette réglementation ne porte que sur un problème spécifique : la protection du passager en cas de refus d'embarquement⁸⁴⁴, le contrat de transport n'étant pas

⁸⁴² - BOULANGER (F.), *Tourisme et loisirs dans les droits privés européens*, Economica, Paris, 1996, p. 2.

⁸⁴³ - Selon l'expression de Messieurs COLLART-DUTILLEUL (F.) DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., p. 559, n° 685.

⁸⁴⁴ - Règlement 295/91 du 4 février 1991, établissant des règles communes relatives à un système de compensation pour refus d'embarquement dans les transports aériens réguliers, *JOCE*, n° L-36 du 08/02/91. Ce texte établit les règles communes relatives au système de compensation pour refus d'embarquement. Les principaux droits des passagers dans un tel cas sont les suivants : le passager a le droit de choisir entre le remboursement du prix du billet pour la partie du voyage non effectuée, le réacheminement dans les meilleurs délais ou encore le réacheminement à une date ultérieure à sa convenance (Article 4-1). Il a aussi le droit, quelque soit son choix, à une compensation minimale dont le montant varie selon la longueur du vol projeté (article 4-2). Le transporteur aérien doit en plus offrir aux passagers refusés à l'embarquement : le coût de l'hébergement en hôtel et la restauration lorsque celui-ci doit attendre son vol de remplacement, le coût d'une communication téléphonique, ou télex ou fax au lieu de destination et aussi les frais de déplacement entre aéroports lorsque le lieu de l'acheminement de substitution est différent de celui prévu à l'origine (Article 6). Par ailleurs le règlement impose au transporteur de fixer des règles à suivre pour déterminer l'ordre de priorité

lui-même réglementé. Nous verrons que si l'apparition dans les différents Etats membres d'un droit spécifique du tourisme⁸⁴⁵ a eu pour but de substituer au libéralisme contractuel originaire, un formalisme de plus en plus strict, le droit communautaire a, quant à lui, nettement renforcé cette tendance à travers deux directives : la directive 90/314 concernant les contrats de voyages, vacances et circuits à forfait⁸⁴⁶ et la directive 94/47 relative au contrat de *timeshare*⁸⁴⁷. Si ces réglementations comportent des similitudes indéniables, elles sont aussi dotées de spécificités qui justifient un traitement séparé de leur contenu. Nous envisagerons donc d'abord les droits de l'acquéreur d'un voyage à forfait (I) puis ceux de l'acquéreur d'un droit d'utilisation d'un bien immobilier en multipropriété (II).

I – Les droits de l'acquéreur d'un voyage à forfait

380. La directive concernant les voyages, vacances et circuits à forfait poursuit un double objectif⁸⁴⁸ : l'achèvement du marché intérieur et la protection du consommateur. Pendant un temps, l'idée était celle d'une réglementation horizontale, mais la proposition de directive sur la responsabilité du prestataire de service qui aurait concrétisé cette approche a été abandonnée. L'approche sectorielle, réglementation par type de contrat, a pour l'instant la préférence des autorités communautaires. L'étude de cette réglementation est très significative de l'influence que subit le droit des contrats des Etats membres, et notamment le droit français par l'intermédiaire de la politique communautaire de protection des consommateurs. Cette influence est palpable autant s'agissant de l'étendue de la protection (A) que de son contenu (B).

A – L'étendue de la protection

d'embarquement des passagers en cas de surréservation. Ces règles doivent prendre en compte les intérêts des passagers devant embarquer en priorité, tels que les personnes à mobilité réduite et les enfants non accompagnés (article 3). Il faut noter que la Commission a présenté en 2001 un projet visant à modifier le règlement 295/91, à ce jour la proposition n'a toujours pas été adoptée.

⁸⁴⁵ - Il faut noter que cette apparition est relativement tardive dans la plupart des Etats membres, puisque la France fait figure de pionnière avec sa loi de 1966 concernant les croisières maritimes.

⁸⁴⁶ - Directive 90/314, du 13 juin 1990, *concernant les voyages, vacances et circuits à forfait*, JOCE du 23/06/90, n°L-158, pp. 59-64.

⁸⁴⁷ - Directive du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, JOCE n° L-280/83 du 29 octobre 1994, pp. 83-87.

⁸⁴⁸ - Pour une étude complète des problèmes juridiques posés par ce texte voir : Stauder (B.), Les voyages à forfait-quelques réflexions sur la réglementation communautaire, in : *Vers un code européen de la consommation*, Actes et débats du colloque de Lyon des 12 et 13 décembre 1997, sous la dir. de OSMAN (F.), pp. 151-163.

381. La protection accordée dépasse le cadre de la notion de consommateur. L'applicabilité *ratione personae* de la directive est fonction des notions d'organisateur et de détaillant, et non de professionnel et de consommateur. L'organisateur est celui qui, de façon non occasionnelle, organise des forfaits et les vend ou les offre à la vente directement ou par l'intermédiaire d'un détaillant, défini comme celui qui vend ou offre à la vente le forfait établi par l'organisateur. Le bénéficiaire de la protection est celui qui achète ou s'engage à acheter le forfait, toute personne au nom de laquelle le contractant principal s'engage à acheter le forfait, ou encore toute personne à laquelle le contractant principal ou un des autres bénéficiaires cèdent le forfait. Contrairement aux autres textes, la directive ne vise pas exclusivement celui qui agit en dehors du cadre de son activité professionnelle. Un professionnel en voyage d'affaire, profane au même titre qu'un consommateur, pourra parfaitement être couvert par la directive.

382. Selon l'article 2 de la directive, un contrat de voyage peut être qualifié de contrat de voyage « à forfait » lorsque sont cumulativement réunies trois conditions : premièrement la prestation offerte doit avoir une durée qui dépasse vingt quatre heures ou incluant une nuitée ; deuxièmement ladite prestation doit comporter, préalablement à la vente ou à l'offre de vente, la combinaison d'au moins deux services tels que le service de transport, le service de logement et d'autres services touristiques non accessoires au transport ou au logement qui représentent une part significative dans le forfait. Troisièmement, la prestation doit être offerte au consommateur pour un prix global. Afin d'éviter que les organisateurs ou détaillants ne détournent les dispositions de la directive, il est prévu que la facturation séparée de divers éléments du forfait n'entraîne du champ d'application de la directive. Concernant la deuxième condition, sont jugés comme accessoires au transport ou au logement les services de restauration : la pension complète dans l'hôtel ou encore les repas servis à bord de l'avion ou du bateau. Pourrons par contre constituer une combinaison, l'organisation d'un stage sportif dans le cadre de l'hôtel ou encore la location d'une automobile à l'aéroport. L'exigence du caractère « préalable » de la combinaison n'implique pas pour autant son caractère « immuable ou absolument prédéterminé »⁸⁴⁹. Il suffit qu'une connexion ait été intentionnellement établie entre les différents éléments du forfait, même si le consommateur a le choix entre plusieurs options. S'agissant de la notion de logement, la Cour de Justice des Communautés européennes a considéré, dans un arrêt du 11 février 1999⁸⁵⁰, que la directive

⁸⁴⁹ - Comme le note le mémento pratique Lefèvre, Communauté européenne, protection des consommateurs, n° 2804.

⁸⁵⁰ - CJCE, 11 février 1999, *AFS Intercultural Programs Finland Ry*, aff C-237/97, *Rec.* p. 825.

ne pouvait s'appliquer aux échanges scolaires même si ceux-ci comportent bien une combinaison de transport et d'hébergement. La juridiction considère que « même si le type d'hébergement, sa gratuité et sa durée ne sont pas, en tant que tel et pris isolément, des éléments déterminants de la notion de logement au sens de la directive, ils ont, pris dans leur ensemble, pour effet qu'un accueil ayant toutes ces caractéristiques ne peut être qualifié de logement au sens de la directive ». La directive ne pourra donc s'appliquer à ce type de contrat que si l'échange comporte « d'autres services touristiques non accessoires au transport ou au logement représentant une part significative dans le forfait ».

383. Le droit communautaire a fait apparaître une nouvelle catégorie de contrat inconnue pour certains Etats membres dont l'Etat français. Le contrat de voyage à forfait était réglementé par l'arrêté du 14 juin 1982 relatif à « la vente de prestation de séjour ou de voyage »⁸⁵¹. La transposition des dispositions de la directive en droit français a été opérée par la loi du 13 juillet 1992⁸⁵². La définition communautaire est quasiment reprise textuellement à l'article 2 de la loi, mis à part un point : la France n'a pas pris la précaution de prévoir que la facturation séparée des différents éléments du forfait n'entraînait pas l'exclusion de la protection. Le risque est donc grand que les organisateurs ou les détaillants proposent cette pratique aux consommateurs afin d'échapper aux dispositions favorables à l'acquéreur.

384. La directive s'intègre donc parfaitement dans la tendance à la spécialisation du droit des contrats spéciaux : la loi française crée, en application du droit communautaire, un nouveau contrat spécial. Mais elle fait plus encore puisque ses dispositions sont applicables à tous les contrats de vente de voyages ou de séjours : la protection offerte par le droit français est donc plus étendue que celle prévue initialement par le législateur communautaire. Le droit français a toujours connu une controverse concernant la nature juridique du contrat de voyage à forfait : n'étant pas spécifiquement réglementé il ne pouvait pas non plus être expressément qualifié. La directive semble trancher la question en faveur de la qualification de contrat de vente. L'article 1^{er} de la directive évoque effectivement les voyages à forfait, les vacances et circuits à forfait « vendus ou offerts à la vente » sur le territoire de la Communauté européenne. L'article 2 définissant les parties au contrat à l'aide du vocabulaire relatif à la vente emploie le même vocabulaire pour la combinaison préalable qui constitue le forfait.

⁸⁵¹ - Arrêté pris en application de la loi 75-627 du 11/07/1975, *JORF* du 13/07/1975 et du décret 77-363 du 28/03/1977, *JORF* du 17/06/1977.

⁸⁵² - Loi 92-645, du 13 juillet 1992, sur l'organisation et la vente de voyages ou de séjours, *JORF* du 14/07/92, p. 9457.

Cette qualification peut paraître, à certains égards, choquante⁸⁵³, mais il faut bien reconnaître au législateur communautaire le mérite d'avoir officiellement qualifié un contrat hybride.

B – Le contenu de la protection

385. A l'instar des autres réglementations protectrices du contractant profane, la directive protège les droits de l'acquéreur du voyage à forfait d'abord en instaurant un formalisme informatif (1) ensuite en effectuant un contrôle de l'équilibre contractuel (2).

1 – Le formalisme informatif

386. L'objectif de la réglementation est de permettre au consommateur d'émettre un consentement libre, éclairé et réfléchi. Il s'agit là d'une constante de la politique communautaire de la protection des intérêts économiques des consommateurs. On retrouve des exigences comparables dans les directives relatives aux contrats conclus en dehors des établissements commerciaux, des contrats conclus à distance ou encore concernant les virements transfrontaliers et les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électroniques. Mais ici la protection pré-contractuelle est peut-être encore plus importante. Avec le développement du tourisme de masse, le rôle des agences de voyages est devenu essentiel et force est de constater que les pratiques de ces dernières ne sont pas toujours très loyales envers le consommateur. Comme le souligne Monsieur Boulanger, il peut exister un malentendu entre le professionnel qui ne voit dans les descriptions ou les photos proposées dans les brochures qu'« une invitation à entrer en pourparler, une offre susceptible par la suite de compléments ou de rectifications » et le consommateur qui y voit déjà les conditions définitives du contrat⁸⁵⁴. Ce malentendu est propre aux contrats conclus avec les agences de voyages. Or, à l'instar du droit français la période pré-contractuelle était peu réglementée dans les Etats membres. L'innovation opérée par la directive communautaire consiste en la création d'un véritable statut juridique de la brochure publicitaire et d'une obligation pré-contractuelle d'information.

387. La directive prévoit que si une brochure publicitaire est mise à la disposition du consommateur elle doit contenir « de manière lisible, claire et précise » un nombre assez

⁸⁵³ - Voir notamment : ANTONMATTEI (P.-H.), RAYNARD (J.), *Droit civil, contrats spéciaux*, Litec, 3^{ème} éd., 2002, p. 10. Les auteurs parlent de « monstre » juridique. JESTAZ (J.), *L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945*, in : *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 102.

⁸⁵⁴ - BOULANGER (F.), *op. cit.*, p. 27.

important d'informations. Il s'agit des détails concernant la destination, les moyens et caractéristiques des transports utilisés, le mode d'hébergement et tous les éléments caractéristiques de celui-ci, les repas fournis, l'itinéraire, les conditions applicables aux ressortissants de l'Etat ou des Etats concernés (passeport, visa, formalités sanitaires), le montant ou le pourcentage des acomptes ainsi que le calendrier pour le paiement du compte, et enfin, si le forfait exige un nombre minimal de personnes et la date limite d'annulation se rapportant à ce cas. Avant la conclusion du contrat, et si aucune brochure publicitaire n'est diffusée, l'organisateur doit fournir par écrit « ou sous toute autre forme appropriée », les informations visées ci-dessus concernant les conditions générales applicables aux ressortissants de l'Etat ou des Etats membres concernés. En tous cas, avant le début du voyage, doivent être fournies par écrit « ou sous toute autre forme appropriée » les informations concernant : les horaires et lieux des escales, ainsi que la forme de la place occupée par le consommateur (fauteuil, couchette...), le nom, l'adresse et le numéro de téléphone de la représentation locale de l'organisateur ou à défaut les coordonnées des organismes locaux susceptibles d'aider le consommateur en cas de difficultés et, dans tous les cas, un numéro d'urgence ou de tout autre information lui permettant d'entrer en contact avec l'organisateur et enfin la souscription d'assurance facultative pour l'annulation par le consommateur ou pour le rapatriement de celui-ci en cas d'incident.

388. L'article 4-2 concerne les clauses contractuelles. Selon l'alinéa *b* toutes les clauses du contrat doivent être écrites ou sous toute forme compréhensible et accessible au consommateur. Celles-ci doivent lui être communiquées avant la conclusion du contrat et une copie doit en être confiée au consommateur. La directive prévoit en outre (alinéa *a*) que le contrat doit comprendre au minimum un ensemble de clauses figurant en annexe de la directive. On peut dénombrer onze mentions obligatoires. Il s'agit de tous les éléments que doit contenir l'éventuelle brochure publicitaire additionnées d'un certain nombre d'autres informations. Doivent ainsi figurer, dans le contrat, les visites, excursions et autres services inclus dans le prix total du forfait, le nom et l'adresse de l'organisateur et s'il y a lieu de l'assureur, le prix du forfait et l'indication de toute révision éventuelle de celui-ci. Il s'agit ensuite de l'indication des taxes non comprises dans le prix, les *desiderata* particuliers du consommateur et enfin les délais dans lesquels le consommateur doit formuler une réclamation pour mauvaise exécution ou pour inexécution du contrat.

389. Pour le législateur communautaire, la protection du consentement du consommateur passe, c'est incontestable, par une réglementation détaillée de l'information pré-contractuelle. Il faut cependant se demander si un tel renforcement du formalisme informatif ne risque pas d'être contre-productif. En effet, si chacune des mentions devant figurer dans le contrat est véritablement utile, le résultat de l'addition de chacune d'entre-elles risque fort de décourager le consommateur. Peut-on réellement croire que celui-ci lira avec attention un contrat aux dispositions aussi abondantes et complexes ? En cas de litige probablement mais alors, comme l'affirme le Professeur Batteur « le formalisme n'aura pas rempli son rôle de prévention »⁸⁵⁵. Ainsi va l'esprit du législateur communautaire « c'est à force de répéter les choses que les parties dites faibles peuvent finir par comprendre ce qui les attend »⁸⁵⁶.

390. En tout état de cause, la réglementation du contrat va plus loin que le simple formalisme informatif auquel le droit communautaire nous a habitué et porte en elle une véritable innovation au regard du droit commun des obligations. Celle-ci consiste à donner aux messages publicitaires une valeur contractuelle. Traditionnellement le droit civil ne se préoccupe pas de la vérité des publicités, sauf peut-être par l'intermédiaire de la notion de dol mais la tromperie des vendeurs par l'intermédiaire de la publicité est souvent considérée comme un *dolus bonus* et donc, à ce titre, rarement sanctionnée. Or l'article 3 de la directive dispose que « toute description du forfait communiquée par l'organisateur ou le détaillant au consommateur, son prix et toutes les autres conditions applicables au contrat ne doivent pas contenir d'indications trompeuses » mais surtout que « les informations contenues dans la brochure engagent l'organisateur ou le détaillant ». Cette disposition ne crée pas, à la charge de l'organisateur, une obligation de contracter, mais détermine l'étendue de sa responsabilité en cas de non-conformité entre les indications portées sur la brochure et le voyage tel qu'il est effectué. En cas de non-conformité l'organisateur sera tenu de réparer le dommage qu'il en résulte pour le consommateur qui pouvait légitimement s'attendre à ce que le voyage corresponde au descriptif contenu dans la brochure qui a conduit celui-ci à contracter. La directive prévoit que des changements peuvent être apportés par rapport aux descriptions contenues dans la brochure mais à condition que des informations sur ce point aient été clairement communiquées au consommateur avant la conclusion du contrat et que la brochure

⁸⁵⁵ - BATTEUR (A.), La protection illusoire du consommateur par le droit spécial de la consommation : réflexions sur la réglementation nouvelle régissant le contrat de vente de voyages, *D.*, 1996, Chron., p. 84.

⁸⁵⁶ - *Ibid*, p. 84.

en face état expressément ou bien que ces changements aient fait l'objet d'un accord entre les parties.

391. On retrouve donc ici, de manière tacite, l'idée d'attente légitime de l'acquéreur, qui était expressément consacrée par la directive concernant la garantie des biens de consommation. Cette dernière consacre aussi une valeur juridique aux messages publicitaires relatifs aux biens de consommation. La responsabilisation du professionnel du fait de ses offres publicitaires, qui découle de ces deux textes, constitue sans doute l'une des tendances majeures de la politique communautaire de protection du consommateur. Elle est probablement conçue comme la rançon des abus constatés en matière de publicité mensongère.

2 - La réglementation de l'équilibre contractuel

392. L'harmonisation des obligations respectives des deux parties est relativement limitée. Cette « retenue du législateur » s'explique en partie par l'intensité de son intervention dans le domaine des obligations pré-contractuelles. Comme l'affirme le professeur Stauder : « à l'importance de la réglementation des exigences quant à l'information du consommateur correspond une intervention plutôt ponctuelle sur la substance du contrat ». Cette affirmation mérite cependant d'être nuancée. Quantitativement en effet l'intervention du législateur communautaire en matière de protection post-contractuelle est relativement limitée, la directive ayant laissé en suspens des questions importantes comme la licéité du paiement d'avance ou encore celle des pénalités à la charge du consommateur qui se retire avant le début du voyage⁸⁵⁷. Qualitativement en revanche elle se révèle très importante : de vrais bouleversements du droit commun sont à mettre sur le compte des dispositions de la directive. Le texte effectue un rééquilibrage des droits et obligations au profit de celui qui n'a pu influencer le contenu du contrat. Sur ce point, deux questions essentielles sont à étudier : la réglementation des modifications de prix et autres conditions substantielles du voyage qui constitue comme le dit le professeur Stauder un « certain retour à la fidélité contractuelle », et le régime de la responsabilité de l'organisateur en cas de non-conformité.

393. Les dispositions de la directive visent à protéger le consommateur en assurant le respect du principe de l'intangibilité du prix. En application de l'article 4 alinéa 4 *a* de la directive, une augmentation du prix du voyage, en principe non révisable, ne peut intervenir

que pour tenir compte des variations du coût des transports et notamment du carburant, des redevances et taxes d'aéroports ou encore des taux de change applicables au forfait⁸⁵⁸. Le texte se montre réaliste : il permet aux agences de voyages de modifier leurs prix pour tenir compte des éventuelles fluctuations des coûts du voyage qui ne sont pas de leur fait. Pour éviter le risque d'arbitraire de l'organisateur sa possibilité de révision est strictement encadrée. Toute modification du prix, tant à la hausse qu'à la baisse, doit tout d'abord être expressément prévue par le contrat. Le consommateur est donc averti dès la conclusion que le prix est susceptible de varier en fonction de certains éléments déterminés. La directive institue, en outre, un délai pendant lequel il est interdit de réviser le prix fixé. L'article 4 *b* dispose que, vingt jours avant la date du départ, le prix du voyage ne peut être majoré. Il s'agit ici d'instaurer la confiance du consommateur en créant une application minimum du principe d'intangibilité du prix.

394. Par ailleurs, l'article 4-5 régit le cas où, avant le départ, l'organisateur modifie l'une des conditions essentielles du contrat, tel que le prix du voyage. Notons ici que traditionnellement on considère comme essentielle toute condition qui a déterminé la volonté d'engagement de l'acheteur. Dans ce cas, le législateur communautaire, qui s'est probablement inspiré des solutions françaises antérieures⁸⁵⁹, dispose que le consommateur peut demander la résiliation sans frais du contrat ou accepter un avenant à celui-ci précisant les modifications en cause et leurs incidences sur le prix du forfait. Notons que l'emploi du terme « notamment » dans l'article 4 paragraphe 5 signifie que d'autres possibilités non répertoriées s'offrent à lui. On peut penser par exemple à la possibilité d'échanger le forfait ainsi modifié contre un autre forfait différent. Dans tous les cas le consommateur se doit d'informer de son choix dans les meilleurs délais l'organisateur ou le détaillant.

395. L'article 6-4 concerne les droits du consommateur dans le cas de l'annulation du forfait avant le départ par l'organisateur ou le détaillant. Dans le cas prévu au paragraphe 5 mais aussi lorsque l'organisateur annule le voyage pour quelque cause que ce soit, à l'exclusion

⁸⁵⁷ - Les Etats membres sont donc libres de tolérer de telles clauses qui reflètent quand même l'inégalité entre les deux parties.

⁸⁵⁸ - Cette dernière disposition peut paraître incompatible avec la jurisprudence de la Cour de cassation française qui déclare contraire à l'ordre public les clauses d'indexation qui se réfèrent à des monnaies étrangères.

⁸⁵⁹ - Voir l'article 8 de l'arrêté du 14 juin 1982 déjà cité qui disposait « lorsque, avant le départ, le voyage ou le séjour sont modifiés par l'agence de voyages sur des éléments essentiels, le client, sans préjuger des recours en dommages éventuellement subis, peut dans un délai de sept jours après en avoir été averti : soit résilier le contrat sans pénalité, soit accepter de participer au voyage ou au séjour modifiés ; un avenant au contrat [...] sera alors présenté à sa signature précisant les modifications apportées et la diminution ou l'augmentation du prix que celles-ci entraînent ».

d'une faute du consommateur, celui-ci a droit au remboursement des sommes versées dans les meilleurs délais ou à l'obtention d'un autre forfait de qualité au moins équivalente. Si le forfait de remplacement proposé par l'organisateur se trouve être de qualité inférieure, le consommateur peut exiger le remboursement de la différence de prix. Le texte prévoit, en outre, un « dédommagement pour inexécution du contrat ». Les conditions de ce droit ne sont pas réglementées par la directive, c'est une question qui devra être réglée au cas par cas par la jurisprudence. Le dédommagement n'est pas dû dans deux cas : lorsque l'annulation est due au fait que le nombre de personnes inscrites pour le forfait est inférieur au nombre minimum exigé pourvu que le consommateur soit informé de l'annulation par écrit dans le délai prévu au contrat ; lorsque l'annulation résulte d'un événement de force majeure. Le force majeure est définie ici comme « des circonstances étrangères à celui qui l'invoque, anormales et imprévisibles, dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toutes les diligences employées ». La sur-réservation, qui est réglementée par le règlement 295/91⁸⁶⁰, est logiquement, exclue des cas de force majeure.

396. Concernant le consommateur, la question des pénalités prévues en cas d'annulation n'est pas traitée. La directive prévoit, par contre, dans son article 4-3, une possibilité de cession du contrat au bénéfice du consommateur qui ne peut participer au forfait. Trois conditions doivent être réunies. D'abord le consommateur doit être empêché de participer au forfait, mais comme rien n'oblige le consommateur à fournir de justification, il ne s'agit là que d'une condition purement formelle. Ensuite, il doit en informer l'organisateur ou le détaillant « dans un délai raisonnable avant le départ ». Il ne s'agit que d'une simple information et pas d'une demande d'accord. Enfin, le cessionnaire doit remplir toutes les conditions requises pour le forfait. Afin de protéger l'organisateur ou le détaillant contre une éventuelle insolvabilité du cessionnaire, puisque celui-ci lui est quasiment imposé, la directive dispose que le cédant et le cessionnaire deviennent « responsables solidairement [...] du paiement du solde ainsi que des frais supplémentaires occasionnés par cette cession ». Le droit communautaire a, sur ce point, fait évoluer le droit français qui ne prévoyait pas cette possibilité de cession. Le consommateur empêché n'avait d'autre moyen que de demander l'annulation du contrat et de payer les pénalités importantes qui en découlaient. La loi du 13 juillet 1992 qui transpose la directive a donc dû se plier aux recommandations communautaires. C'est l'article 18 de cette loi qui organise la possibilité de cession : il n'évoque pas l'empêchement du cédant et fixe le « délai

⁸⁶⁰ - Règlement du 4 février 1991 établissant des règles communes relatives à un système de compensation pour refus d'embarquement dans les transports aériens réguliers, déjà cité.

raisonnable » pour informer l'organisateur ou le détaillant de la cession à sept jours avant le départ.

397. La question de la responsabilité de l'organisateur en cas de non-conformité influence de façon plus significative le droit des obligations des Etats membres. Pour comprendre l'intérêt de la réglementation communautaire sur ce point il convient d'abord de rappeler que l'on appelle forfait la combinaison préalable d'au moins deux éléments, la plupart du temps le transport et le logement mais aussi d'autres services « non accessoires au transport ou logement » vendue à un prix tout compris. Le voyage à forfait est donc constitué de plusieurs éléments, proposés par l'organisateur comme un tout cohérent, mais généralement effectués par plusieurs prestataires de services.

398. D'un point de vue économique, l'organisateur de voyage est entouré de plusieurs co-contractants que sont les prestataires des différents services proposés sous la forme de forfait. Cela a conduit les organisateurs à prévoir, dans le contrat, une clause dite d'intermédiaire. Selon cette clause, l'organisateur ne pouvait être tenu pour responsable en cas de non-conformité de la prestation effectuée par un des prestataires, sa responsabilité se limitant au cas d'un mauvais choix de ces derniers. Le consommateur devait donc, en cas de non-conformité d'une prestation, intenter une action contre le prestataire en cause, ce qui posait d'abord le double problème de l'identification de celui-ci puis d'une action en justice dans un Etat étranger les prestataires de services ayant le plus souvent leur siège dans le pays où la prestation est fournie.

399. L'article 5 de la directive condamne la pratique de la clause dite d'intermédiaire. Selon cette disposition, l'organisateur est responsable de la bonne exécution de toutes les obligations que celles-ci soient effectuées par lui-même ou par un prestataire de services. La directive oppose donc à la conception économique du forfait qui fait des prestataires de services des partenaires contractuels du consommateur, une conception juridique qui en fait des auxiliaires de l'organisateur. Soulignons qu'il s'agit d'une solution récurrente en droit communautaire puisque la directive sur les virements transfrontaliers rend la banque chargée du virement responsable en cas de non-exécution ou de retard dans l'exécution du virement, même lorsque l'inexécution est imputable à une banque intermédiaire⁸⁶¹. Le législateur

⁸⁶¹ - Directive 97/5 du 27 janvier 1997 concernant les virements transfrontaliers, *JOCE* du 14/02/1997, n° L-43, pp. 25-31.

communautaire vise ainsi à faciliter l'accès du consommateur au règlement des litiges qui l'opposent à un professionnel.

400. La directive prévoit des limitations au dédommagement dû par le professionnel. Le texte laisse les Etats membres libres d'admettre que le dédommagement soit limité « conformément aux conventions internationales qui régissent ces prestations »⁸⁶² autrement dit, lorsque les prestations en cause sont régies par une convention internationale, la responsabilité de l'organisateur ou du détaillant peut être définie dans les limites de ce qui est prévu par ces conventions. Cette limitation n'entraîne pas de risque important pour le consommateur puisque ce type de conventions est généralement suffisamment protectrice des intérêts des consommateurs. Une seconde limitation nous semble plus importante : pour les dommages autres que corporels, la directive autorise les Etats membres à admettre que le dédommagement puisse être limité par le contrat, pourvu que cette limitation ne soit pas « déraisonnable »⁸⁶³. Les clauses limitatives de responsabilité sont donc tolérées pourvu qu'elles ne portent pas sur les dommages corporels et que les plafonds de responsabilité utilisés ne soient pas anormalement bas, car c'est ainsi semble-t-il la seule manière d'interpréter la notion de limitation non « déraisonnable ». La loi française de transposition n'a pas utilisé cette possibilité.

401. Au-delà de la nullité de la clause d'intermédiaire, qui constitue un net rééquilibrage en faveur du consommateur et lui permet un accès plus facile à la justice, la directive opère un changement très important dans le régime de la responsabilité de l'organisateur. Dans le droit commun de la plupart des Etats membres, pour que la responsabilité d'une partie puisse être mise en jeu il faut, à côté du dommage subi, qu'existe une faute imputable à l'autre partie et qu'un lien de causalité relie ces deux éléments. Ainsi la Cour de cassation française a pendant longtemps refusé de consacrer la responsabilité des agences de voyages pour des fautes commises par leurs intermédiaires, sauf à relever une faute personnelle de l'agence dans le choix desdits intermédiaires. Or, l'article 5-2 de la directive prévoit la responsabilité de l'organisateur de son propre fait ou du fait des prestataires de services sauf dans trois cas précis : lorsque la faute est imputable au consommateur, lorsqu'elle est imputable à un tiers étranger à toute prestation prévue au contrat ou en cas de force majeure ou autre événement que l'organisateur ne pouvait, avec toute la diligence possible prévoir ou surmonter, c'est à dire dans trois hypothèses où la faute n'est pas imputable à l'organisateur. Pour toutes les autres

⁸⁶² - Article 5-2-4 de la directive.

hypothèses, la preuve, qui pourrait être apportée par l'organisateur ou le détaillant de l'absence de faute de sa part ou de celle de l'un de ses intermédiaires, ne suffira pas pour écarter sa responsabilité. Si la directive ne va pas jusqu'à consacrer à la charge de l'organisateur ou du détaillant une obligation de résultat⁸⁶⁴ puisque celui-ci peut s'exonérer s'il prouve qu'il a employé « toute la diligence nécessaire »⁸⁶⁵ pour lutter contre un événement ayant entraîné l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat, le régime de responsabilité dépasse certainement la simple présomption de faute puisque la preuve contraire sera très difficile à établir. Il est donc possible de conclure que le régime communautaire de responsabilité de l'agence de voyage est fondé sur une obligation de moyen renforcée⁸⁶⁶.

402. Dans tous les cas, et sans s'appesantir sur cette toujours délicate distinction⁸⁶⁷, il faut relever que le droit communautaire consacre ici une responsabilité objective de l'organisateur, et donc un cas de responsabilité du fait d'autrui qui a entraîné une modification du droit français. Même si la jurisprudence française reconnaissait dans certains hypothèses la responsabilité des agences de voyages du fait de leurs prestataires de services sans relever une faute personnelle de ces agences⁸⁶⁸, c'est bien la loi de transposition de la directive qui a consacré expressément ce cas de responsabilité du fait d'autrui. L'article 23 de la loi du 13 juillet 1992 dispose que l'agence de voyage « est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par lui-même ou par d'autres prestataires de services ». Le débat sur l'opportunité de l'évolution de la responsabilité contractuelle dépasse nettement le cadre de notre étude⁸⁶⁹, nous nous limiterons à noter que le rôle du législateur communautaire dans l'évolution du régime du contrat de voyage à forfait est essentiellement marqué par la consécration de la responsabilité objective de l'organisateur ou du détaillant, et plus

⁸⁶³ - *Ibid*, article 5-2-5.

⁸⁶⁴ - Voir en sens contraire HUET (J.), *Traité de droit civil- Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., p. 1540.

⁸⁶⁵ - Article 5-2-3.

⁸⁶⁶ - Voir en ce sens : PY (P.), *Droit du tourisme*, Dalloz, Paris, 4^{ème} éd., 1996, p. 285.

⁸⁶⁷ - Sur la distinction obligation de moyens /obligation de résultat, voir : BELLISSENT (J.), *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultats*, LGDJ, 2001, 527 p. ; ou encore : LE TOURNEAU (P.), Principe de distinction des obligations de moyens et de résultat, *JCL civ.*, Fasc. 20, n° 53 et s.

⁸⁶⁸ - Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 10 mai 1989, *Société Voyages-Conseils c. Madame Joulie*, *Bull. civ.*, 1, n° 183, p. 122, et: Cass. civ. 1^{ère}, 15 janvier 1991, *Bull. civ.*, 1, n° 21 ou Cass.com, 5 février 1991, *Agence Marmara c. CPAM*.

⁸⁶⁹ - Pour des développements sur la question, voir : ZOÏA (M.), *L'incidence du droit communautaire sur les contrats spéciaux*, Thèse, Toulouse, 1999, n° 414.

précisément par la consécration d'un cas de responsabilité du fait d'autrui que les juridictions nationales et particulièrement françaises ont déjà commencé à appliquer ⁸⁷⁰.

403. Une telle responsabilité objective est aussi prévue par la directive concernant la responsabilité du fait des produits défectueux ⁸⁷¹ (article 1 et 7) ou encore par la directive concernant les virements transfrontaliers. Il semble que, dans tous ces cas où le fait individuel s'est effacé pour laisser la place à des contrats standardisés, le droit communautaire a voulu construire un système de responsabilité objective afin de permettre au consommateur de défendre au mieux ces intérêts. L'instauration de ce régime de responsabilité objective constitue une bonne illustration de ce que la protection de la partie la plus faible au contrat par le droit communautaire, au-delà d'une apparente incohérence, suit réellement une méthode et des lignes directrices communes. La même remarque peut-être, nous allons le voir, pour la réglementation du contrat portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, plus communément dénommé contrat de *timeshare*.

II – Les droits de l'acquéreur d'un droit d'utilisation d'un bien immobilier en multipropriété

404. Le *timeshare* est une nouvelle forme de logement touristique qui s'est considérablement développée avec l'avènement du tourisme de masse, c'est-à-dire depuis les vingt dernières années. Plus connue en France sous le nom de multipropriété, cette pratique consiste essentiellement en un droit d'occupation d'un immeuble déterminé pendant un certain nombre de jours par an. Les propriétaires résident la plupart du temps dans un autre Etat que celui où est situé le bien qu'ils ont acquis. Du fait du caractère largement transfrontière, le droit communautaire ne pouvait ignorer un tel contrat et ceci d'autant plus que le régime juridique du *timeshare* varie considérablement d'un Etat à l'autre entraînant des disparités dommageables pour le marché intérieur. Les consommateurs sont, en ce domaine, très souvent victimes de techniques commerciales plus qu'agressives. Nous sommes bien dans un domaine où le consommateur s'engage sans avoir pu obtenir les informations nécessaires à un consentement libre et éclairé. C'est pourquoi, à la suite d'une demande du Royaume-Uni et de deux propositions du Parlement européen, la directive 94/47 du 26 octobre 1994 a été adoptée. L'objectif du texte n'est pas l'harmonisation du régime juridique des droits qui font l'objet du

⁸⁷⁰ - Un agent de voyage a été rendu responsable, sur le fondement de l'article 23 de la loi du 13 juillet 1992, du dommage résultant d'une perte de bagages survenu à l'un de ses clients lors d'un vol du fait du transporteur aérien, CA, Bordeaux, 27 juin 1995, *SA Voyages Fram/Naud*, data n° 044167

contrat. La directive vise seulement, comme l'indique son article 1^{er}, à l'harmonisation des dispositions concernant l'information sur les éléments constitutifs du contrat, les modalités de transmission de cette information et les procédures et modalités de résiliation et de rétractation.

405. La directive n'emploie pas directement la notion de *timeshare*, d'abord envisagée, ni celle de « multipropriété » aux contours plus qu'imprécis mais est relative aux « contrats portant directement ou indirectement sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un ou de plusieurs biens immobiliers » et ceci afin de s'adapter aux logiques des différents Etats membres. Si le texte n'a pas pour objectif de régler la nature juridique de ce contrat, il en donne quand même une définition afin de préciser son champ d'application. Selon l'article 2 il s'agit de : « tout contrat ou groupe de contrat conclu pour au moins trois années, par lequel, directement ou indirectement, moyennant un certain prix global, un droit réel ou tout autre droit portant sur l'utilisation d'un ou de plusieurs biens immobiliers, pendant une période déterminée ou déterminable de l'année qui ne peut être inférieure à une semaine, est créé ou fait l'objet d'un transfert ou d'un engagement de transfert ». Quant à la définition donnée par l'article 2 de la directive des deux notions clés de « vendeur » et d'« acquéreur », elle se rapproche beaucoup des définitions classiques du « professionnel » et du « consommateur », même s'il est tenu compte de l'objet particulier du contrat de *timeshare*. Le vendeur est en effet défini comme « toute personne physique ou morale qui, dans les transactions relevant de la directive et dans le cadre de son activité professionnelle⁸⁷², crée, transfère ou s'engage à transférer le droit objet du contrat ». Et l'acquéreur, quant à lui, est « toute personne physique qui, agissant dans les transactions relevant de la directive à des fins dont on peut considérer qu'elles n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle⁸⁷³, se voit transférer le droit objet du contrat, ou au bénéfice de laquelle est créé le droit objet du contrat ». Même indirecte, on retrouve donc ici aussi la référence aux notions de consommateur et professionnel.

La réglementation communautaire sur les contrats de *timeshare*, à l'instar des voyages à forfait, s'intéresse essentiellement à deux points : le consentement du touriste, à travers le formalisme informatif (A) et l'équilibre contractuel à travers le régime d'exécution du contrat (B).

⁸⁷¹ - Directive 85/374, du 25 juillet 1985, *concernant la responsabilité du fait des produits défectueux*, JOCE du 07/08/1985, n°L-210, p. 29-33.

⁸⁷² - C'est nous qui soulignons.

⁸⁷³ - C'est nous qui soulignons.

406. Le renforcement du formalisme informatif opéré par la directive communautaire passe par la consécration d'une obligation d'information pré-contractuelle (1) et par la fixation d'un contenu obligatoire du contrat (2).

1- L'information pré-contractuelle

407. A l'instar de la réglementation concernant les voyages à forfait, le texte exige un certain formalisme concernant les offres publicitaires. Il est prévu que toute personne qui en fait la demande au vendeur se voit remettre un document renfermant des informations essentielles relatives au bien et au contrat en cause, ainsi que des précisions sur le moyen d'obtenir des informations complémentaires. Même si, contrairement à la directive sur les voyages à forfait, il n'est pas fait allusion à une « brochure publicitaire » car cette technique n'est pas la plus utilisée dans les contrats de *timeshare*, il est indéniable que cette information est transmise au stade où le vendeur ne fait encore que la publicité pour son produit. D'ailleurs il est explicitement prévu que toute publicité relative au bien immobilier concerné indique la possibilité d'obtenir le document contenant les informations citées ainsi que l'endroit où le consommateur peut s'adresser pour obtenir ce dernier. Il n'est pas précisé explicitement, comme dans la directive sur les voyages à forfait, que ces informations « engagent » le vendeur. Cependant, afin de renforcer la valeur de ces informations, le texte prévoit, d'une part, que ces informations font partie intégrante du contrat et, d'autre part, que tout changement concernant les informations contenues dans ce document ne peut résulter que de circonstances extérieures à la volonté du vendeur et doit figurer dans le contrat. Ces dispositions constituent une protection efficace de l'acquéreur comparable, à peu de chose près, à celle qui est accordée au consommateur face à l'organisateur de voyages à forfait.

2 – Le contenu obligatoire du contrat

408. La directive prévoit que l'écrit est une exigence obligatoire pour l'établissement du contrat. Elle indique ensuite, dans une annexe, les éléments qui doivent obligatoirement faire

partie du contrat⁸⁷⁴. Il s'agit d'informations touchant à l'identité des deux parties au contrat mais aussi celle du propriétaire du bien, au bien immobilier concerné, au prix à payer et enfin aux droits de rétractation et de résiliation ainsi que leurs modalités d'exercice.

409. S'agissant de l'identité des contractants, le point *a* de l'annexe prévoit que doivent être inscrites les informations relatives à l'identité et aux domiciles des deux parties, avec en plus une indication précise de la qualité juridique du vendeur au moment de la conclusion du contrat. Si le vendeur n'est pas le propriétaire du bien, ce qui est relativement courant, le nom et le domicile de ce dernier doivent aussi figurer au contrat, et ceci afin d'éviter que le vendeur, en cas de litige, ne se retranche derrière la responsabilité d'un propriétaire inconnu de l'acquéreur. La nature du droit objet du contrat ainsi que les conditions d'exercice de ce droit doivent être précisées. Doivent notamment figurer au contrat l'indication de la période ou des périodes, de la durée et de la date à partir de laquelle l'acquéreur pourra exercer son droit (points *b* et *h*). S'agissant du bien, objet du contrat, deux cas sont à distinguer. Le premier cas est le plus simple : celui d'un bien déterminé déjà construit, ici une description précise du bien et de sa situation est prescrite (point *c*) ; dans le second cas, où le bien est encore à construire, le contrat doit mentionner l'état d'achèvement de la construction (point *d-1*), une estimation de la date d'achèvement des travaux ainsi que l'état d'achèvement des services communs rendant le bien utilisable (respectivement point *d-2* et 4). Doivent figurer aussi, le numéro de permis de construire ainsi que les coordonnées de l'autorité compétente en la matière si le bien concerné est déterminé (point *d-3*). Le contrat doit aussi contenir les garanties et les modalités d'application de celles-ci relatives à l'achèvement du bien ainsi que celles liées au non-achèvement de celui-ci et en particulier le remboursement de tout paiement déjà effectué (point *d-5*).

410. Dans les deux cas, un certain nombre d'informations doivent figurer dans le document contractuel : les services communs (eau, éclairage, entretien, enlèvement des ordures et les installations communes telles que la piscine, le sauna etc...) auxquelles l'acquéreur a ou aura droit ainsi que les conditions d'accès à ceux-ci (points *e* et *f*). Doivent figurer dans le contrat les précisions relatives à l'organisation de l'entretien de la maintenance, de l'administration et de la gestion du bien concerné (point *g*) ainsi que celles relatives au prix : le point *i* de l'annexe prévoit que doit être inscrit le prix total que l'acquéreur devra verser pour exercer le droit prévu au contrat, y compris l'accès aux installations et services

⁸⁷⁴ - Voir annexe B de la thèse.

communs auxquels l'acquéreur a droit ainsi que toutes les charges qu'il devra verser c'est-à-dire celles découlant de l'occupation du bien mais aussi les charges légales et administratives qui s'y rattachent. Le contrat doit contenir une clause disposant que n'incomberont pas à l'acquéreur de frais, charges ou obligation autres que ceux stipulé au contrat (point *j*). Un recul par rapport à la proposition de directive est à déplorer sur ce dernier point. L'article 4 de celle-ci prévoyait en effet la non-répartition des charges pesant sur les droits d'utilisation de logements ou de périodes non encore vendus, ces charges devant logiquement peser sur le propriétaire de l'immeuble et non être réparties entre les différents acquéreurs. Ce point qui en France avait largement contribué au discrédit du *timeshare*⁸⁷⁵, aurait sans doute mérité d'être précisé dans la directive plutôt que d'être laissé au jeu de la liberté contractuelle. Enfin, s'il existe des possibilités d'échange ou de revente du droit, celles-ci ainsi que le coût éventuel de leur exercice et le cas échéant, l'indication qu'elles ne peuvent être assurées qu'à un prix ou dans une période déterminée, doivent être prévues au contrat conformément au point *k* de l'annexe.

411. A l'instar des autres directives ayant pour objectif la protection contractuelle du consommateur, et afin de rendre ces droits véritablement efficaces, doivent figurer obligatoirement dans le contrat, les informations relatives au droit de rétractation et au droit de résiliation, et notamment la nature et le montant des frais non remboursables et la possibilité de résilier le contrat de prêt accessoire (point *l*). Enfin, font partie des inscriptions obligatoires la date et le lieu de signature du contrat par chacune des parties (point *m*). La richesse de la réglementation du formalisme informatif va, ici aussi, de pair avec la relative pauvreté de la réglementation de l'exécution du contrat.

B - Le régime de l'exécution du contrat

412. La directive prévoit un système de protection assez original puisque composé d'un double droit au profit du consommateur. Les détracteurs du texte lui reprochent, sur ce point, d'avoir établi un mécanisme complexe et juridiquement contestable. L'article 5 de la directive prévoit, en effet, à côté du désormais classique droit de rétractation (1), un droit de résiliation (2).

⁸⁷⁵ - Voir : DESURVIRE (D.), Directive concernant le protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, *PA*, 20 janvier 1995, n° 9, p. 22.

1 - Le droit de rétractation

413. L'analyse des notions de rétractation et de résiliation ayant déjà été faite dans le cadre de l'étude des contrats conclus à distance et en dehors des établissements commerciaux ⁸⁷⁶, nous rappellerons simplement que si la rétractation a pour effet d'anéantir le contrat comme s'il n'avait jamais existé, la résiliation n'a d'effet que pour l'avenir. Comme pour les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux et ceux conclus à distance, la directive offre, tout d'abord, au consommateur le droit de se rétracter. Les conditions de négociation et de conclusion de ce type de contrat sont en effet très souvent susceptibles d'empêcher un consentement éclairé de la part du consommateur. Celui-ci est très souvent démarché sur son lieu de vacances, dans la rue et par des vendeurs employant des techniques commerciales particulièrement agressives. Notons que, sur ce point, la directive a nécessité une adaptation du droit français qui ne prévoyait pas de mécanisme de rétractation au profit du consommateur qui concluait un contrat de multipropriété. Le législateur français avait sans doute pensé que l'instauration d'un tel droit était inutile compte tenu du fait que de tels contrats étaient pour la plupart conclus en dehors des établissements commerciaux du vendeur et que, de ce fait, le consommateur détenait déjà un droit de revenir sur son engagement. La directive aura permis de protéger le consommateur dans les cas -rares- où il s'engagerait spontanément à entrer en pourparler avec un professionnel dans les locaux de celui-ci.

414. Contrairement aux exemples étudiés précédemment, le délai de rétractation n'est pas de sept mais de dix jours à compter de la signature du contrat par les deux parties. Cette rallonge intervient ici pour plusieurs raisons. D'une part, parce que le montant financier du contrat peut-être relativement élevé et que le consentement du consommateur mérite d'être mûri plus longuement. D'autre part, le consommateur est souvent démarché sur son lieu de vacances et se révèle donc être mal préparé aux négociations commerciales. Mais il faut surtout tenir compte du fait que le bien en cause est le plus souvent situé dans un Etat étranger dont la législation est totalement inconnue du consommateur. Il faut donc permettre au consommateur démarché d'avoir une réflexion effective de retour chez lui. Pour ces raisons, la proposition de directive avait même prévu d'imposer un délai de rétractation de quatorze puis de vingt huit jours au profit de l'acquéreur. Mais, sans parler des conséquences économiques négatives pour les investisseurs immobiliers, cette conception maximale de la protection du consommateur aurait tôt fait de se retourner contre lui : le professionnel supportant

⁸⁷⁶ - Voir *supra* : §352.

difficilement l'incertitude liée à la longueur de ce délai aurait probablement répercuté ses pertes éventuelles sur le prix de commercialisation du produit. Au nom de la logique du droit de la consommation, qui doit être comme certains ont pu l'écrire « une recherche d'équilibre entre une protection des consommateurs les plus naïfs ou les plus démunis, et la nécessité de ne pas paralyser les affaires par des règles trop contraignantes »⁸⁷⁷, le délai a donc été ramené à dix jours.

415. A l'instar des autres droits de rétractation prévus par le droit communautaire, l'acquéreur qui l'exerce n'est tenu de rembourser que les frais encourus du fait de la passation du contrat et de sa rétraction. De plus, les actes correspondant à ces frais doivent avoir déjà été effectués dans les dix jours suivant la conclusion de contrat. Par ailleurs, comme nous l'avons vu plus haut la liste de ces frais non remboursables doit obligatoirement figurer dans le contrat.

2 -Le droit de résiliation

416. La directive prévoit en faveur du consommateur un droit de résiliation venant sanctionner le défaut de conformité du contrat en ce qui concerne certaines mentions obligatoires. L'article 5-2 prévoit que si le contrat lors de sa signature ne contient pas les informations prévues aux points *a, b, c, d -1 et d- 2, h, i, k, l et m* de l'annexe, c'est-à-dire les informations les plus importantes au regard de l'engagement de l'acquéreur, le consommateur a le droit de résilier le contrat dans un délai de trois mois à partir de la signature par les deux parties. Si dans le délai de trois mois ces informations sont fournies ou si au-delà de ce délai l'acquéreur n'a pas fait usage de ce droit, il disposera du délai de rétractation. L'exercice du droit de résiliation ne donne pas non plus lieu à un remboursement de la part de l'acquéreur.

417. A l'instar de ce qui a été étudié concernant les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux, les délais relatifs aux deux différents droits sont réputés respectés dès lors que la notification écrite par laquelle l'acquéreur déclare les exercer, a été expédiée avant l'expiration.

418. Enfin, concernant les contrats de crédit liés à l'acquisition du droit en cause, l'article 7 de la directive oblige les Etats membres à prévoir leur résiliation sans pénalité dès

⁸⁷⁷ - RAYMOND (G.), Commentaire de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des

lors que l'acquéreur fait usage d'un des deux droits qui lui est offert. Lorsque le contrat de *timeshare* est assorti d'un contrat de crédit, la directive impose aux Etats membres de prévoir la résiliation du contrat de crédit lorsque l'acquéreur fait usage de son droit de rétractation ou de résiliation. Cette disposition consacre logiquement l'interdépendance entre le contrat de *timeshare* et le contrat de crédit qui permet son financement.

419. Un élément important dans l'objectif de protection du consommateur est prévu par la directive : l'interdiction de tout paiement d'avance par l'acquéreur avant l'expiration du délai de rétractation. Ce principe permet de donner plus de poids au délai de rétractation assurant ainsi une protection plus efficace du consommateur. L'article 6 de la directive impose aux Etats membres l'obligation de prendre les mesures appropriées pour faire respecter cette interdiction. La loi française de transposition de la directive⁸⁷⁸ reprend quasi-textuellement ce principe. Elle dispose que tant que ce délai n'est pas parvenu à son terme, « nul ne peut exiger ou recevoir du consommateur, directement ou indirectement, aucun versement à quelque titre ou sous quelque forme que ce soit »⁸⁷⁹.

§3 – LES DROITS DU « consommateur-payeur »

420. Les contrats financiers sont, par nature, source de risques pour les intérêts économiques des consommateurs. Dans un souci de protection, le législateur aurait pu réglementer le contenu de contrats tels que les contrats d'assurance ou les contrats bancaires qui représentent un danger réel pour les intérêts économiques des consommateurs. Or, si ces domaines ont été réglementés, à l'échelon communautaire, ce n'est que sur certains aspects spécifiques⁸⁸⁰. Les services bancaires, les assurances vie, les assurances non-vie, l'assurance

consommateurs, *Contrats, conc., consomm.*, 1992, février, p. 1.

⁸⁷⁸ - Loi 98-566 du 8 juillet 1998, *JORF* du 9 juillet 1998.

⁸⁷⁹ - Pour une analyse de la loi française voir : DESURVIRE (D.) LECHAU (M.), Réflexions autour de l'application de la loi du 8 juillet 1998 relative au concept de vacances à temps partagé, *PA*, 17 août 1998, n° 163, p. 18.

⁸⁸⁰ - Concernant les services bancaires : voir l'arrêt de la CJCE rendu sur question préjudicielle de la Cour de cassation française concernant la question de la nullité d'un contrat de prêt au motif que l'établissement bancaire n'avait pas lors de l'octroi de celui-ci, reçu l'agrément conforme à la législation française. CJCE, 9 juillet 1997, *SCI Parodi c. Banque H. Albert de Bary et Cie*, aff C-222/95, *Rec.* p. 3899. Voir aussi la liste des informations devant être fournies au preneur avant la conclusion du contrat et pendant la durée de celui-ci, en annexe de la directive 92/96, du 10 novembre 1992, concernant l'assurance directe sur la vie.

automobile, ont bien été réglementés mais essentiellement sur les points concernant l'accès à ces professions, les conditions d'exercice, le contrôle de ces activités...

421. Si l'achèvement du marché intérieur constitue l'objectif essentiel de textes communautaires relatifs aux contrats financiers, la protection du consommateur n'en est pas pour autant absente. Seuls les contrats de crédit représentaient, aux yeux du législateur communautaire, un risque tel qu'il nécessitait une intervention. Deux facettes du contrat de crédit ont suscité l'action des institutions communautaires : le crédit à la consommation et le mal nommé crédit hypothécaire. A ce jour, seul le premier a fait l'objet d'une réglementation. Une proposition de directive a bien vu le jour concernant le second, mais semble aujourd'hui avoir été abandonnée. En effet, le crédit hypothécaire, qui constitue en fait un contrat de crédit garanti par une hypothèque, est un contrat répandu dans la plupart des Etats membres. Les dangers liés à la conclusion d'un tel contrat pour le consommateur-emprunteur ont suscité une première proposition de directive du Conseil, présentée le 4 février 1985⁸⁸¹ et a, par la suite, été abandonnée. Le projet repris en 1990, a été reporté *sine die*. Rappelons que le 1^{er} mars 2001, une recommandation concernant l'information pré-contractuelle devant être fournie aux consommateurs en matière de prêt au logement⁸⁸² a été adoptée par la Commission européenne.

422. A côté de la réglementation d'un contrat en son entier, qui ne concerne que le contrat de crédit à la consommation (I), le droit communautaire a envisagé certains aspects des contrats financiers, particulièrement ceux relatifs aux moyens de paiement (II).

I – Les droits du « consommateur de crédit »

423. L'avènement crédit à la consommation a été une véritable révolution de la consommation. Cette pratique devenue courante présente un avantage considérable pour le consommateur, puisque celui-ci peut acheter un bien ou un service sans avoir à attendre d'avoir épargné la somme d'argent nécessaire. Les dangers de cette pratique pour le consommateur sont cependant au moins à la hauteur du bénéfice qu'il peut en tirer. Ceux-ci sont parfaitement décrits par Raymonde Baillod dans un article de 1984 : « [le crédit] permet, même sans disponibilités immédiates, la satisfaction instantanée des besoins ou des envies, et, en fractionnant dans le temps le paiement du prix, il dilue la perception du caractère onéreux

⁸⁸¹ - Proposition de directive n° 85/C42/06, *JOCE*, n° C-42 du 14 février 1985, p. 4. Pour une analyse de ce texte voir : *JCL Eur*, fasc. 1021, n° 2 à 8.

de l'opération, il fausse l'évaluation des conséquences de l'engagement ; le crédit engendre donc la tentation. Et cette nouvelle forme de provocation [...] auquel est soumis le consommateur, pèse lourd sur la volonté de celui-ci. Il peut-être conduit à s'engager inconsidérément dès lors qu'il n'a plus comme autrefois l'obligation d'économiser avant d'acheter »⁸⁸³. L'opération de crédit met face à face un professionnel et un particulier que les facilités de paiements poussent parfois à un achat irréfléchi et qui, de plus, ne peut négocier les conditions du contrat. L'inégalité du rapport des forces en présence, a poussé le législateur européen à protéger le consommateur contre les conditions abusives de crédit et particulièrement de réglementer le crédit à la consommation. Cette volonté avait été affirmée dans les premiers programmes de la Communauté pour une politique de protection des consommateurs⁸⁸⁴. Il s'agissait, d'une part, de contribuer à la création commun du crédit et, d'autre part, bien sûr d'assurer la protection au consommateur face aux dangers du développement de cette pratique. En ce sens une première directive a été adoptée le 22 décembre 1986⁸⁸⁵ mais ce texte comportait une lacune d'importance : il ne réglementait pas les méthodes de calcul du taux d'intérêts. Or, il s'agit là d'un des principaux problèmes posés par les contrats de crédit. C'est pourquoi, le Conseil a approuvé deux autres directives : celles du 22 février 1990⁸⁸⁶ et celle 16 février 1998⁸⁸⁷ portant modification de la directive de 1986⁸⁸⁸. Cet ensemble de textes devait initialement s'appliquer à tous les types de crédits, mais son champ d'application a finalement été réduit aux seuls crédits à la consommation. Il convient donc d'étudier le champ d'application de la protection (A) puis le contenu de celle-ci (B).

A – Le champ d'application de la protection

424. Le contrat de crédit est défini à l'article 1^{er} comme « un contrat en vertu duquel un prêteur consent ou s'engage à consentir à un consommateur un crédit sous la forme d'un délai

⁸⁸² - Recommandation de la Commission notifiée sous le numéro C(2001) 477 2001/193/CE.

⁸⁸³ - BAILLOD (R.), *Le droit de repentir*, *op. cit.*, p. 228.

⁸⁸⁴ - Voir : *JOCE* n° C-92 du 25 avril 1975 et n°133 du 3 juin 1981.

⁸⁸⁵ - Directive 87/102/CEE, Relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation, *JOCE* du 12/2/87, n° L-42, pp. 48-53.

⁸⁸⁶ - Directive 90/88 modifiant la directive 87/102/CEE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation, *JOCE* du 10/03/1990, n°L-61, pp. 14-17..

⁸⁸⁷ - Directive 98/7/CEE, *JOCE* du 1/04/98, n° L-101, pp. 17-21. .

⁸⁸⁸ - L'expression "la directive" que nous emploierons dans cette étude vise la directive 87/102 telle que modifiée par les deux directives suivantes.

de paiement, d'un prêt ou de toute autre facilité similaire »⁸⁸⁹. Il semble donc que l'on évoque le contrat de crédit de façon générale. Pourtant la référence au consommateur réduit considérablement le nombre de contrat effectivement visés. Une seule catégorie de contrat de crédit est en réalité réglementée par ce texte : le crédit à la consommation.

425. La définition du consommateur est conforme à celles des Convention de Bruxelles et de Rome et est identique à celle édictée dans la directive relative aux contrats conclus à domicile puisque celui-ci est défini comme « toute personne physique qui, pour les transactions régies par la directive, agit dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle ». Le consommateur en matière de crédit est donc « celui qui emprunte pour sa propre consommation ou celle de sa famille ou d'autres personnes à charge »⁸⁹⁰ La définition du prêteur s'apparente, quant à elle, à celle du commerçant qui figure dans la directive 85/577 sur le démarchage à domicile. Cette dernière notion est définie de façon large « toute personne physique ou morale ou tout groupement de ces personnes qui consent un crédit dans le cadre de l'exercice de ses activités commerciales ou professionnelles » ce qui conduit à couvrir toute forme possible de crédit et qui englobe le prêteur non professionnel qui accorde un crédit de façon occasionnelle, dès lors qu'il le fait dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale.

426. Cette conception large correspond à la réalité du contrat de crédit. La pratique du crédit est multiforme⁸⁹¹ et cela rend la notion difficile à cerner par une définition juridique précise. En effet, outre le fait que les offres de crédit offertes au consommateurs se sont diversifiées, l'opération de crédit peut juridiquement être réalisée de différentes manières : Par un contrat de prêt d'argent tout d'abord, c'est à dire par « un contrat par lequel l'une des parties remet à l'autre une certaine quantité de monnaie à la charge pour cette dernière de lui en rendre autant, et le cas échéant de lui verser une somme supplémentaire appelée intérêt »⁸⁹². Le contrat de vente peut lui aussi permettre de réaliser une opération de crédit. Il suffit pour cela que ce contrat stipule que l'acheteur dispose d'un terme pour le paiement du prix. Mais un contrat de location peut tout autant donner naissance à une opération de crédit pourvu qu'il prévoit un paiement échelonné dans le temps. La définition communautaire du

⁸⁸⁹ - Article 1er de la directive n° 87/102.

⁸⁹⁰ - LATHAM (P.), Dispositions communautaires relatives au crédit à la consommation : la directive 87/102 du 22 décembre 1986, *RMC*, n°316, Avril 1988, p. 220.

⁸⁹¹ - TENREIRO (M.), Protection des intérêts économiques des consommateur – le droit des contrats, *JCL Eur.*, Vol 6, Fasc. 2011, p. 11.

⁸⁹² - CALAIS-AULOY (J.) STEINMETZ (F.), *Droit de la consommation*, op. cit., p. 360.

contrat de crédit devait donc refléter cette diversité juridique. Des exclusions viennent tout de même limiter cette conception extensive.

427. Une exclusion générale est tout d'abord prévue : celle des contrats conclus en vue de la prestation continue de services aux termes desquels le consommateur a le droit de régler le coût de ces services, aussi longtemps qu'ils sont fournis, par des paiements échelonnés ⁸⁹³. L'ensemble des Etats membre a, en réaction à cette disposition, accepté que la directive s'applique aux contrats de fourniture de services. Ensuite la directive prévoit des exclusions spéciales importantes. Les unes sont absolues les autres partielles.

428. L'article 2 concerne essentiellement les exclusions absolues. Selon le paragraphe 1, les dispositions communautaires ne s'appliquent pas aux contrats de crédits relatifs aux biens immobiliers, c'est à dire les contrats permettant *principalement* ⁸⁹⁴ l'acquisition d'un terrain ou d'un immeuble construit ou à construire et ceux destinés à permettre la rénovation ou l'amélioration d'un immeuble déjà construit. L'exclusion s'explique sans doute par le fait que les contrats de ce type sont généralement garantis par une hypothèque sur le bien visé, ce que l'on appelle improprement le « crédit hypothécaire » ⁸⁹⁵ et que cela représente tant de spécificités qu'une réglementation propre soit édictée ⁸⁹⁶. Les contrats de location sont aussi exclus. La mention expresse de cette exclusion peut surprendre tant elle paraît logique mais elle s'explique par le fait que les contrats de location lorsque les loyers sont payés à la fin d'une certaine période de jouissance du bien, entrent dans la définition du « contrat de crédit », il fallait donc les en exclure expressément. Toute aussi logique est la mention selon laquelle cette exclusion ne s'applique pas lorsque les contrats prévoient que le titre de propriété sera finalement transféré au loueur ⁸⁹⁷. Cependant pour être logique, cette exclusion n'en est pas moins problématique : tant que l'option d'achat n'est pas exercée, le droit de propriété n'est pas transféré, comment savoir dès lors si la directive doit ou non être appliquée à un tel contrat ? Il reviendra aux juges nationaux de démêler cette question qui aurait pu être évitée si le texte s'en était tenu à exclure les « contrats de location ». La directive prévoit aussi expressément l'exclusion des contrats de crédits gratuits. Selon l'article 2-1 *b* la directive ne

⁸⁹³ - Tels que notamment les contrats de fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, ou encore les contrats d'assurance lorsque le paiement de la prime est étalé sur douze mois, ou encore les contrats concernant le paiement fractionné des droits de scolarité et ceux relatifs au nettoyage de véhicules à moteur.

⁸⁹⁴ - Le contrat sera exclu du champ d'application de la directive même si celui-ci ne vise pas uniquement à permettre l'acquisition immobilière.

⁸⁹⁵ - En effet, il ne s'agit en réalité que d'un crédit accordé pour l'achat d'un immeuble et qui est garanti par une hypothèque sur l'immeuble en cause.

⁸⁹⁶ - Ce qui est à l'étude depuis de nombreuses années mais qui n' à ce jour toujours pas abouti.

s'applique pas aux « crédits octroyés ou mis à la disposition sans rémunération en intérêts ni autres charges ». Selon l'alinéa *d* sont aussi exclus les crédits « ne prévoyant pas d'intérêts à condition que le consommateur accepte de rembourser le crédit en une seule fois », il s'agit ici d'exclure du champ d'application de la directive les crédits octroyés par le biais des cartes bancaires de type *American express* ou *Diners Club*. Certains crédits sont aussi exclus en raison de leur montant ou bien des modalités de remboursement. En effet, deux montants, un plancher et un plafond sont prévus⁸⁹⁸, les opérations de moins de deux cents Ecus ou de plus de vingt mille Ecus ne font pas partie du champ d'application des dispositions communautaires⁸⁹⁹. Par ailleurs, les crédits d'une durée inférieure à trois mois et ceux, remboursables en un nombre réduit d'échéances –moins de quatre en tout⁹⁰⁰– pourvu qu'ils soient inférieurs à douze mois sont exclus⁹⁰¹.

429. Des exclusions partielles sont ensuite prévues : la première concerne ce que l'on appelle les facilités de caisse. Au rang des exclusions, figurent les crédits accordés par les banques sous forme d'avance sur compte courant, ce que l'on peut appeler « contrats de découverts » sauf lorsque ceux-ci sont liés à une carte de crédit⁹⁰². Il s'agit d'exclusions partielles puisque la directive prévoit que certaines dispositions sont applicables à ce type d'opérations de crédit. Il s'agit, nous le verrons, de règles relatives à l'information du consommateur.

430. A côté des exclusions partielles ou absolues qui sont obligatoires, la directive laisse aux Etats membres la possibilité de prévoir certaines limitations à son champ d'application. L'article 2-2 autorise les Etats membres à exempter certains crédits « bon marché »⁹⁰³, c'est-à-dire consentis à des taux de frais inférieurs à ceux pratiqués habituellement. Cette possibilité vise les crédits accordés par la Sécurité sociale, par une entreprise à ses employés, par l'enseignement pour le paiement des frais d'inscriptions, ou ceux accordés par le biais de coopératives de crédit. Cette autorisation s'accompagne cependant d'une obligation de consultation préalable de la Commission. Sous la pression

⁸⁹⁷ - Il s'agit ici de ce que l'on appelle communément les contrats de « leasing » ou de « crédit bail ».

⁸⁹⁸ - Article 2-1-f.

⁸⁹⁹ - La loi française est beaucoup plus protectrice puisqu'elle ne prévoit pas de seuil en dessous duquel elle ne s'applique pas, le plafond lui est fixé à 140000 francs par le décret 88-293 du 25 mars 1988.

⁹⁰⁰ - Le critère du nombre d'échéance n'est pas connu en France, qui n'exonère que les crédits d'une durée inférieure à 3 mois.

⁹⁰¹ - Article 2-1-g.

⁹⁰² - En effet l'utilisation des cartes de crédit donne lieu au paiement d'une cotisation annuelle que le droit communautaire considère comme une charge, le crédit n'est dès lors plus gratuit.

française, le paragraphe 4 de ce même article prévoit que les Etats membres pourront ne pas soumettre aux dispositions des articles 6 à 12 les contrats conclus sous la forme d'un acte authentique signé devant notaire ou devant un juge. Ces derniers restent soumis aux règles relatives à la publicité et (est-ce bien utile ?) à celle qui exige que le contrat soit établi par écrit.

431. Les dispositions de la directive revêtent logiquement un caractère minimal. L'article 15 prévoit que les Etats membres restent libres d'adopter des normes plus strictes pour la protection des consommateurs. C'est ce que la plupart d'entre-eux ont fait. Et si les législations nationales vont plus loin dans la protection du consommateur, il n'en reste pas moins que la directive consacre un statut légal du contrat de crédit au plan communautaire, et que ce statut est impératif. L'article 14 impose aux Etats membres de veiller à ce que les contrats ne dérogent ni ne « contournent » les mesures d'application de la directive. Le caractère un peu flou de la formule employée n'efface pas son objectif : rendre la protection accordée au consommateur obligatoire.

432. A la question de savoir si le contrat de cautionnement garantissant un crédit à la consommation contracté par un consommateur, entre ou non dans le champ d'application de la directive, la Cour de Justice des Communautés européennes a répondu par la négative dans un arrêt du 23 mars 2000⁹⁰⁴. A l'appui de cette solution, la juridiction communautaire invoque tout d'abord le champ d'application restreint de la directive. Au point 17 il est en effet affirmé que « le champ d'application de celle-ci se trouve restreint aux contrats en vertu desquels un prêteur consent ou s'engage à consentir à un consommateur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt ou de tout autre facilité de paiement similaire ». Elle invoque ensuite l'économie et les objectifs du texte avant de conclure : « Ainsi, la double circonstance que la directive d'une part, cite les garanties dans la liste des conditions jugées essentielles au regard de l'emprunteur et, d'autre part, ne comporte aucune disposition expresse relative au régime de la caution ou d'une autre forme de sûreté montre que ladite directive, en envisageant les garanties destinées à assurer le remboursement du crédit sous le seul aspect de la protection des consommateurs, a entendu exclure le contrat de cautionnement de son champ d'application ».

⁹⁰³ - Selon l'expression de Patrick Latham, voir : Dispositions communautaires relatives au crédit à la consommation : la directive 87/102/CEE du 22/12/1986, *RMC*, n° 316, Avril 1989, p. 222.

⁹⁰⁴ - CJCE, 23 mars 2000, *Berliner Kindl Brauerei AG*, aff C-208/98 *Rec.* p. 1741.

433. Avec l'intervention communautaire, le contrat de crédit à la consommation se voit imposer un statut impératif particulièrement protecteur du bénéficiaire. La protection passe par la consécration de la valeur juridique des offres publicitaires (1), le renforcement du formalisme informatif (2), l'établissement d'une formule unique de calcul du taux annuel effectif global (3), l'octroi d'un droit de remboursement anticipé (4), mais aussi par la réglementation de l'interdépendance entre le contrat de crédit et le contrat principal (5) ainsi que par d'autres garanties accordées au consommateur-bénéficiaire (6).

1 - La consécration de la valeur juridique des offres publicitaires

434. La directive établit tout d'abord un statut aux publicités relatives au crédit. Il s'agit de protéger les « candidats-emprunteurs »⁹⁰⁵. Tout annonceur qui se déclare prêt à accorder un crédit ou à servir d'intermédiaire pour l'obtention d'un crédit et qui mentionne le taux d'intérêt devra, au terme de l'article 3 du texte, obligatoirement mentionner aussi le taux effectif global du crédit, le cas échéant au moyen d'un exemple représentatif⁹⁰⁶. Par ailleurs les règles relatives à la publicité trompeuse⁹⁰⁷ continuent de s'appliquer aux offres de crédit à la consommation. La réglementation du contrat de crédit commence donc bien avant la conclusion de celui-ci. Il s'agit de permettre au consommateur emprunteur d'émettre un consentement éclairé.

2 - Le renforcement du formalisme contractuel

435. La directive impose que le contrat de crédit soit établi par écrit, le consommateur devant obligatoirement en recevoir un exemplaire⁹⁰⁸. Afin de remplir réellement sa vocation de protection du consommateur, la forme écrite doit être considérée comme une formalité obligatoire pour la validité du contrat, et non comme un simple exigence de preuve, même si ceci n'est pas expressément prévu par les dispositions de la directive. Il n'y a, pour cette raison, aucune exception à l'exigence de l'écrit, contrairement à ce qui se passe pour les autres dispositions de la directive.

⁹⁰⁵ - PELTIER (F.), *Le réforme de la « loi Scrivener »*, *Banque et droit*, 1989, n° 6, p. 168.

⁹⁰⁶ - Article 3 de la directive.

⁹⁰⁷ - Directive du conseil 84/450 du 10 septembre 1984, déjà citée.

⁹⁰⁸ - Article 4-1 de la directive.

436. Le texte prévoit ensuite les clauses devant obligatoirement figurer au contrat⁹⁰⁹. Il s'agit tout d'abord de la mention du taux annuel effectif global. Lorsqu'il est impossible de connaître celui-ci à la date de la conclusion du contrat, il y a lieu de fournir, au consommateur, les « informations adéquates » dans le contrat, celles-ci correspondent au minimum à celles requises dans le cas des crédits de caisse⁹¹⁰. Il s'agit ensuite des conditions dans lesquelles ce taux peut être modifié, d'un relevé du montant, du nombre et de la périodicité ou des dates des versements qui devront être effectués par le consommateur, et lorsque cela est possible le montant total de ces versements. Ensuite le contrat doit mentionner un relevé des frais liés au crédit qui ne rentrent pas dans le calcul du taux effectif global. Si le montant de ces frais ne peut être connu, le contrat doit quand même comporter une méthode de calcul ou une estimation la plus réaliste possible. Les frais liés au non-respect des obligations contractuelles ne font pas partie des mentions obligatoires. A côté de cette énumération expresse des mentions obligatoires, le texte prévoit que doivent figurer dans le contrat « les autres conditions essentielles » de celui-ci⁹¹¹. Contrairement aux propositions de la Commission qui établissaient quelles étaient ces conditions essentielles, le texte se contente de renvoyer à une liste des conditions jugées essentielles que pourront retenir les Etats membres. Cette liste est fournie à titre d'exemple seulement⁹¹², en annexe de la directive⁹¹³.

437. Concernant les contrats prenant la forme d'avances sur compte courant, nous avons vu qu'ils ne sont que partiellement exclus des dispositions de la directive. L'article 6 du texte contient une sorte d'obligation minimale d'information. Le consommateur emprunteur doit être informé, au plus tard au moment de la conclusion du contrat, du plafond éventuel du crédit, du taux d'intérêt annuel de celui-ci, des frais applicables et des conditions dans lesquelles ceux-ci pourront être modifiés et enfin des modalités selon lesquelles il peut être mis fin au contrat. Le paragraphe 2 de cet article impose par ailleurs que le consommateur soit informé sans délai lorsque le taux d'intérêt annuel ou les frais applicables sont modifiés pendant la période de validité du contrat. Cette information peut être fournie dans un relevé de compte « ou par tout autre moyen jugé acceptable par les Etats membres. »

⁹⁰⁹ - Article 4-2 de la directive.

⁹¹⁰ - Voir *infra*.

⁹¹¹ - Article 4-3.

⁹¹² - Le caractère purement illustratif de la liste est confirmé par : CJCE, 23 mars 2000, *Berliner Kindl Brauerei AG*, aff C-208/98, *Rec.* p. 1741. Dans le point 19 il est écrit : « [le contrat] contient les conditions essentielles du contrat en illustration desquelles l'annexe de la directive cite [...] les garanties éventuellement demandées ».

⁹¹³ - Voir annexe B de la thèse.

3 - L'établissement d'une formule unique de calcul du taux annuel effectif global

438. L'un des apports essentiels de la réglementation communautaire est d'établir des règles impératives de calcul du taux annuel effectif global du crédit. Ce taux représente « le coût total du crédit au consommateur exprimé en pourcentage annuel du montant du crédit consenti [...] »⁹¹⁴. L'harmonisation des règles de calcul de ce taux est évidemment indispensable pour éviter des distorsions de concurrence entre les différents Etats membres. Or, il s'agissait d'une tâche difficile vu la disparité des positions sur ce sujet des différents Etats membres : seuls la Grande-Bretagne et les Pays-bas avaient adopté ou étaient sur le point d'adopter une législation relative au calcul du taux effectif global ; en Italie aucune règle de calcul n'existait et le reste des Etats membres semblait divisé sur l'opportunité d'une telle réglementation. Un compromis a donc été nécessaire. Selon l'article 1^{er} *bis*, inséré par la directive 90/88 du 22 février 1990, ce calcul doit être effectué au moment de la conclusion du contrat, en tenant compte des intérêts et de tout autre frais que le consommateur est tenu de payer pour le crédit. Il s'agit donc d'un « taux tout compris »⁹¹⁵. Certains frais sont cependant exclus de ce calcul, il s'agit selon le paragraphe 2 du même article, des éventuels frais liés à une non exécution des obligations contractuelles, de ceux que le consommateur aurait du de toute façon payer même s'il avait payé le bien acheté au comptant, des frais de transfert de fonds et ceux liés au maintien du compte lié au crédit⁹¹⁶, des cotisations dues à l'éventuelle inscription à des associations ou groupe de laquelle dépendent les conditions du crédit lorsque cette inscription résulte d'accords distincts du contrat de crédit et enfin les frais d'assurance et autres sûretés⁹¹⁷.

439. Par ailleurs lorsque les législations nationales en vigueur le 1^{er} mars 1990 imposent des limites maximales au taux annuel effectif global et permettent de ne pas prendre en considération certains frais de nature forfaitaire, la directive autorise les Etats membres à ne pas prendre en considération ces frais pour le calcul du taux annuel des opérations de crédit

⁹¹⁴ - Article 1^{er}-e de la directive.

⁹¹⁵ - SOUSI-ROUBI (S.), Le rapprochement des dispositions législatives réglementaires et administratives des Etats membres de la CEE en matière de crédit à la consommation, *Rev. Dr. Banc. et de la bourse*, 1989, n°11, p. 18.

⁹¹⁶ - Sauf si ceux-ci sont « anormalement élevés » ou lorsque le consommateur ne dispose d'aucune liberté de choix raisonnable en la matière.

⁹¹⁷ - Ici il y a lieu de distinguer selon que ces souscriptions sont obligatoires ou non. Si le prêteur se limite à proposer la souscription aux emprunteurs, ces frais ne seront pas pris en considération pour le calcul du taux, en revanche lorsque les sûretés sont obligatoirement soumises à souscription du consommateur pour l'octroi du crédit, elles seront logiquement incluses dans le calcul du taux

soumises à ces législations. Dans ce cas, le consommateur doit cependant être informé du montant de ces frais dans le cadre des publicités relatives au crédit et dans le contrat de crédit lui-même.

440. La directive prévoit en outre une formule mathématique qui permet de calculer le taux annuel effectif global. La communauté des Etats membres était très divisée sur la méthode de calcul à retenir parmi toutes celles utilisées dans le monde. Deux méthodes sont rapidement sorties du lot : la méthode actuarielle et la méthode proportionnelle. La méthode finalement choisie est la méthode actuarielle « qui rend égales, sur une base annuelle, les valeurs actuelles de l'ensemble des engagements (prêts, remboursements, charges) existants et futurs »⁹¹⁸. Selon cette méthode le taux annuel effectif global est constituée par le rapport mathématique, sur une base annuelle, entre le montant du prêt et le montant global que le consommateur aura à payer à la fin de tous ses remboursements, en prenant en compte le moment et le montant de chaque remboursement tout au long du contrat.

4 - L'octroi d'un droit de remboursement anticipé

441. La directive offre au consommateur, dans son article 8, le droit de rembourser par anticipation la totalité du crédit. Dans ce cas le prêteur doit lui accorder une « réduction équitable du coût du crédit ». Il incombe donc aux Etats membres de déterminer le montant à réduire du coût total du crédit afin de tenir compte du remboursement anticipé. La mention de ce droit au remboursement anticipé, particulièrement importante pour permettre un consentement éclairé du bénéficiaire, figure sur la liste des conditions jugées essentielles du contrat.

5 - La réglementation de l'interdépendance entre le contrat de crédit et le contrat principal

442. Lorsqu'il contracte un crédit pour l'acquisition d'un bien ou d'un service, le consommateur conclut deux contrats : le contrat de vente d'une part et le contrat de crédit d'autre part. Evidemment l'emprunteur entend n'être lié par l'un des deux contrats que s'il est également par l'autre. Or, ce lien entre les deux contrats n'est que rarement formulé par écrit. Le risque pour le consommateur est donc grand, mais il existe aussi du côté du vendeur. La directive communautaire contient donc, dans ses articles 7 et 11 des règles régissant

⁹¹⁸ - TENREIRO (M.) Protection des intérêts économiques des consommateurs..., *op. cit.*, p. 14

l'interdépendance entre le contrat de crédit et le contrat principal. Le droit communautaire laisse les Etats membres libres de réglementer les clauses de réserve de propriété stipulées dans le contrat de crédit. En cas de non remboursement, total ou partiel, du crédit le bien vendu peut donc très traditionnellement être repris⁹¹⁹. Cependant la directive impose quand même aux Etats membres de veiller à ce que le décompte entre les parties n'aboutisse pas à un enrichissement injustifié. Il doit donc être tenu compte des sommes déjà remboursées par l'emprunteur, du taux d'usure du bien vendu... En outre, le texte impose aux Etats membres de veiller à ce que « l'existence d'un contrat de crédit n'affecte en rien les droits que le consommateur peut faire valoir à l'encontre du fournisseur de biens ou de services achetés au moyen d'un tel contrat lorsque les biens ou les services ne sont pas fournis ou que pour d'autres raisons, ils ne sont pas conformes au contrat y relatif »⁹²⁰. Il s'agit ici de répondre à un problème important que pose le contrat de crédit. Lorsque les biens ou services en cause ne sont pas fournis, ou lorsqu'ils ne sont pas conformes aux termes du contrat, l'existence d'un contrat de crédit oblige le consommateur à respecter son obligation alors que le fournisseur du bien lui, n'a pas, en totalité ou en partie, respecté la sienne. Plusieurs solutions auraient pu être trouvées pour éviter ce désagrément au consommateur, au rang desquelles figurait le principe de la responsabilité solidaire du prêteur et du fournisseur. Cette notion, connue dans tous les Etats membres, permet d'engager la responsabilité de deux personnes qui seront ainsi tenues ensemble et individuellement de s'acquitter d'une obligation. Les tribunaux nationaux ont eu tendance à appliquer cette solution dès lors que le fournisseur et le financier sont étroitement associés. La même solution aurait donc pu prévaloir dans la directive communautaire, pourtant sous l'influence notamment des Pays-Bas, le Conseil a retenu une solution plus limitée : la responsabilité subsidiaire du prêteur. Selon ce principe, le consommateur aura le droit d'exercer un recours contre le prêteur après avoir exercé vainement un recours contre le fournisseur ou le prestataire de services. Outre le désagrément causé au consommateur par cette procédure en deux étapes, il faut ajouter le caractère restrictif des conditions d'exercice de ce recours. Afin que le consommateur puisse exercer un recours contre le prêteur, il doit exister, entre ce dernier et le fournisseur de bien ou le prestataire de services, un accord préalable au terme duquel un crédit est octroyé exclusivement par ce prêteur aux clients de ce fournisseur ou prestataire, et que le consommateur ait obtenu son crédit en vertu de cet accord préalable⁹²¹. L'exigence d'exclusivité de l'octroi du crédit par le prêteur aux clients du fournisseur ou prestataire revient forcément à restreindre les cas où le consommateur aura la

⁹¹⁹ - Article 7 de la directive.

⁹²⁰ - Article 11-1 de la directive.

⁹²¹ - Article 11-2.

possibilité d'exercer ce recours contre le prêteur. Les dispositions de la directive ayant un caractère minimal, les Etats membres ont pour la plupart opté pour une plus grande interdépendance entre le contrat principal et le contrat de crédit. Sur ce point, la loi française était, quant à elle, déjà plus protectrice que le droit communautaire.

6 - Les autres garanties accordées au consommateur de crédit

443. La directive prévoit qu'en cas de cession des droits découlant du crédit à un tiers par le prêteur, la position du consommateur ne devra pas être moins favorable. Il aura donc le droit de faire valoir à l'encontre de ce tiers les mêmes exceptions et défenses qu'il aurait pu invoquer à l'égard du prêteur initial. Ce principe vise à prévenir les risques encourus par le consommateur lorsque le prêteur cède ses droits à un tiers, tel que son banquier, pratique couramment utilisée dans un but de refinancement.

444. L'utilisation des lettres de change ou des chèques comme moyen de sûreté ou de paiement est une pratique très risquée pour le consommateur puisqu'elle rend possible le recouvrement de la créance par un tiers à qui ces titres auraient pu être cédés. La Commission, dans ses propositions de directive, visait donc à interdire purement et simplement l'utilisation des lettres de change et des chèques dans le cadre des contrats de crédit, cette solution étant par ailleurs prévue par la législation de plusieurs Etats membres dont la France. La solution finalement retenue est plus limitée. Le texte impose simplement aux Etats membres de veiller à ce que le consommateur soit « convenablement protégé lorsqu'il fait usage de ces instruments dans les cas indiqués ».

445. A côté de la réglementation du contrat de crédit à la consommation la directive impose une surveillance des établissements de crédit que nous n'étudierons pas en détail puisqu'elle n'affecte pas le contrat de crédit lui-même.

446. La directive européenne n'a entraîné aucune modification significative du droit français existant⁹²². En effet, sous réserve de la possibilité offerte à l'emprunteur de procéder à un remboursement anticipé, la protection accordée par le législateur communautaire se situant en deçà de celle instaurée par le législateur français, et de la majorité des textes nationaux. Contrairement à la législation française dont elle s'est largement inspirée, la

⁹²² - CALAIS-AULOY (J.) STEINMETZ (F.), *Droit de la consommation*, p. 373, n°345.

directive communautaire ne rend pas obligatoire l'utilisation d'un contrat type. Elle n'impose pas non plus de délai de réflexion, elle n'offre pas au consommateur un droit de rétractation. Ses dispositions ne sont pas applicables au cautionnement du contrat de crédit. Bref, le texte communautaire se situe bien en deçà de la loi française, ainsi que de bon nombre d'autres législations nationales. Certains ⁹²³ ont pu en conclure l'inutilité d'étudier un tel système. Mais ce serait oublier que le droit communautaire, dans le domaine de la protection du consommateur, ne constitue qu'un socle minimal de protection que les Etats membres sont libres de dépasser ⁹²⁴. Ce serait surtout oublier que pour exister un statut juridique ne doit pas forcément être plus strict ou plus protecteur que les autres statuts existants. Il suffit qu'il soit effectif, et c'est le cas du statut juridique communautaire du contrat de crédit à la consommation consacré par la directive.

II – La protection des droits du profane par la réglementation des aspects contractuels des moyens de paiement

447. Si la libre circulation des produits, la libre prestation de services ont suscité beaucoup d'effort de la part des autorités communautaires, leur corollaire la libre circulation des moyens de paiements a pendant longtemps été absente des préoccupations communautaires. Or comme le fait très pertinemment remarquer Jean Allix « tout acte de consommation comporte une double dimension : - le transfert d'un produit ou d'un service du professionnel au consommateur ; - le transfert d'une somme d'argent du consommateur au professionnel » ⁹²⁵. L'achèvement du marché intérieur a entraîné une forte augmentation des paiements transfrontaliers, représentant la contrepartie logique de la libre circulation des produits et des services. Or une partie substantielle de ces paiements transfrontaliers est constituée de virements. Le Parlement européen et le Conseil ont donc adopté le 27 janvier 1997, la directive 97/5 concernant les virements transfrontaliers ⁹²⁶. Ce texte, qui a pour objectif de sécuriser ce type de virements, semble très éloigné du droit des contrats. Pourtant certaines de ces dispositions ont une incidence sur le contenu des documents contractuels relatifs à ces opérations ainsi que sur la relation contractuelle elle-même. Une obligation d'information est mise à la charge des établissements financiers, avant et après la réalisation de celui-ci, les délais d'exécution du virement sont encadrés, ainsi que les conséquences d'un

⁹²³ - ZOÏA (M.), *L'incidence du droit communautaire sur les contrats spéciaux*, déjà cité.

⁹²⁴ - Ce que rappelle expressément l'article 15 de la directive.

⁹²⁵ - ALLIX (J.), De la carte de paiement au porte monnaie électronique : débats et problèmes, *RAE*, 1994, n°3, p. 55.

virement non ou mal effectué. On peut donc sans crainte affirmer que ce texte concerne la relation contractuelle. Malgré cela, il n'intéresse pas directement notre étude : les institutions communautaires n'ont pas entendu réglementer le contrat de virement dans son ensemble mais seulement l'aspect transfrontière de la relation ⁹²⁷. Ce qui ne correspond pas à l'approche retenue dans cette étude. Dans ces conditions, seule la réglementation des relations entre titulaire et émetteur de carte doit être envisagée.

448. La carte bancaire est devenu un instrument de paiement très répandu et l'importance de son utilisation par les particuliers n'est plus à présenter. Les relations entre émetteurs et titulaires de cartes ont été pendant longtemps été laissées à la liberté contractuelle. Les contrats relatifs aux cartes bancaires étant dans la plupart des cas des contrats d'adhésion, les intérêts du consommateur -titulaire de la carte- peuvent être mis en danger par la puissance économique et financière des émetteurs -rédacteurs desdits contrats. Si l'on ajoute à cela le fait que les Etats membres n'avaient pendant longtemps pas adopté de règles juridiques spécifiques ⁹²⁸, la nécessité d'une intervention communautaire s'explique aisément. Pour assurer une protection efficace du consommateur titulaire d'une carte de paiement dans ses rapports avec l'organisme émetteur, et par là assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, la Commission avait d'abord envisagé l'adoption d'une directive. Plusieurs facteurs plaidaient au contraire en faveur de l'adoption d'une recommandation. Très peu d'Etats dans le monde, et aucun parmi les Etats membres, ne s'étaient à cette date dotés d'instruments juridiques dans ce domaine. En outre, il s'agissait d'un secteur en pleine évolution et l'on pouvait craindre que le progrès technique ne rende caduques très rapidement les dispositions obligatoires qui auraient été adoptées : la recommandation avait donc l'avantage de la souplesse et de l'adaptabilité. Enfin, il fallait aussi tenir compte de la spécificité du domaine bancaire et financier qui semblait ne pouvoir s'épanouir harmonieusement que dans le cadre de relations contractuelles négociées. Les relations contractuelles liées à l'utilisation de carte de paiement sont donc régies par deux recommandations. En effet, la Commission a adopté

⁹²⁶ - Directive 97/5 du 27 janvier 1997 concernant les virements transfrontaliers, *JOCE* du 14/02/1997, n° L-43, pp. 25-31.

⁹²⁷ - Un virement transfrontalier est, selon les termes de l'article 2 de la directive : « une opération effectuée à l'initiative d'un donneur d'ordre via un établissement, ou une succursale d'établissement, situé dans un Etat membre, en vue de mettre une somme d'argent à la disposition d'un bénéficiaire dans un établissement ou une succursale d'établissement situé dans un autre Etat membre ».

⁹²⁸ - Excepté le Danemark.

une première recommandation le 8 décembre 1987⁹²⁹ portant code de bonne conduite en matière de paiement électronique qui concerne essentiellement les relations entre institutions financières et commerçants-prestataires de services, seulement dans une moindre mesure les consommateurs, et a ensuite pris une deuxième recommandation le 17 novembre 1988 concernant les systèmes de paiement qui régit plus directement les relations entre titulaires et émetteurs de cartes⁹³⁰.

449. Le code de bonne conduite de 1987 avait pour champ d'application « toute opération de paiement effectué à l'aide d'une carte à piste(s) magnétique(s) ou incluant un micro-processeur, auprès d'un équipement terminal de paiement électronique au terminal de vente ». Etaient exclues les cartes privatives délivrées par les commerçants, les paiements par carte selon des procédures mécaniques (facturettes) ainsi que (logiquement) les paiement par chèques garantis par une carte bancaire, étant donné que le moyen de paiement principal demeure le chèque. On doit entendre par « émetteur » de carte tout établissement de crédit ou organisation de cartes délivrant une carte de paiement à usage électronique, toute entreprise de production ou de services pouvant également délivrer ce type de carte. Les « prestataires de services » sont bien sur les entreprises du commerce ou de service qui détiennent les terminaux permettant l'utilisation par le consommateur de sa carte. Et enfin le consommateur est simplement celui qui est titulaire d'une carte.

450. La recommandation de 1988 est dotée d'un champ d'application beaucoup plus large puisqu'elle s'applique non seulement aux paiements par carte aux terminaux de vente mais aussi aux retraits, dépôts de billets et de chèques au moyen de guichets automatiques, ou encore aux paiements par cartes non électroniques y compris ceux nécessitant une signature et une remise de facturette. La recommandation s'applique aussi aux paiements électroniques sans carte c'est-à-dire aux opérations liées à la technique de la « banque à domicile », les paiement par chèques garantis par une carte étant ici aussi exclus.

⁹²⁹ - Recommandation 87/598 du 8 décembre 1987, portant sur un Code de bonne conduite en matière de paiement électronique (relations entre institutions financières, commerçant-prestataires de services et consommateurs), *JOCE* du 24/12/1987, n° L-365, pp. 72-76.

⁹³⁰ - Recommandation 88/590, 8 décembre 1988, portant sur un Code de bonne conduite en matière de paiement et en particulier les relations entre titulaires et émetteurs de cartes, *JOCE*, du 24/11/1988, n°L-317, p. 55-59.

451. Le code de bonne conduite ne contenait que peu de dispositions concernant les relations contractuelles entre l'émetteur de la carte, ou ses représentants, et le consommateur qui en est titulaire. Il était prévu, comme d'ailleurs dans la seconde recommandation, que les contrats conclus par les émetteurs ou leurs représentants avec les prestataires et les consommateurs doivent être établis par écrit et qu'aucune carte ne doit être délivrée au consommateur sans que celui-ci n'en ait fait la demande préalable (point 1 *a* de la partie III intitulée « principes généraux »). Cette exigence de demande préalable était déjà connue des systèmes américains et danois et a pour but d'enrayer les pratiques courantes d'envois de carte non sollicités par les consommateurs qui constituaient autant de tentations dangereuses pour celui-ci. Il est aussi prévu que le contrat doit être rédigé dans la ou les langues officielles de l'Etat membre dans lequel il est conclu (point 1 *b* des principes généraux). Les conditions de résiliation du contrat doivent être selon ce texte précisées préalablement à la conclusion de celui-ci (point 1 *e*) afin de permettre que le consommateur lorsqu'il accepte un contrat concernant une carte de paiement émette un consentement éclairé. Le texte fait ensuite référence à la confidentialité des données transmises lors de l'utilisation de la carte de paiement : celles-ci ne doivent en aucun cas porter atteinte à la vie privée du consommateur (point 4). Pour cela elles devront être strictement limitées à celles « prévues pour les chèques et les virements ». Le code met ensuite à la charge du consommateur une obligation de précaution afin d'assurer la sécurité de la carte en cas de perte ou de vol (point 2 de la partie IV « dispositions complémentaires »). Enfin oblige le prestataire à afficher de manière visible les cartes qu'il est tenu d'accepter (point 3 - partie IV).

452. La seconde réglementation est plus spécifiquement consacrée aux relations entre titulaires et émetteurs de carte, elle est donc plus riche en conséquence que la première sur ce terrain. Ce texte prévoit que les clauses doivent être complètes et loyales, écrites, aisément compréhensibles et présentées dans une forme leur permettant d'être lues facilement (point 3.1). Le contrat doit préciser la base de calcul du montant des frais dont le consommateur doit s'acquitter et indiquer si le débit des opérations est instantané ou différé et, dans ce cas, le délai dans lequel la facture est établie (point 3.4). Il est outre prévu que les modifications du contrat ne sont valables que si elles sont acceptées par les deux parties (point 3.5). L'accord du titulaire est pourtant réputé exister lorsque l'émetteur lui ayant fait des propositions de modification, il a continué à utiliser le moyen de paiement en cause. Il s'agit ici d'une application du principe de l'acceptation tacite des modifications contractuelles. Concernant des modifications d'éléments essentiels du contrat il semblerait, dans le silence du texte, que

celles-ci doivent faire l'objet de la signature d'un document contractuel. Sont ensuite envisagées les conditions devant assurer la sécurité du moyen de paiement.

453. Le texte met à la charge du titulaire un certain nombre d'obligations (point 4.1) qui devront figurer dans le contrat. Il s'agit tout d'abord d'une obligation générale de vigilance : il lui appartient d'assurer la sécurité du moyen de paiement et du code confidentiel qui lui est affilié. Cette obligation ne peut à l'évidence qu'être une obligation de moyens. Dans cet objectif de sécurité, il est spécifiquement prévu que le titulaire de la carte ne doit pas inscrire ni sur la carte elle-même ni sur un document qui est conservé avec elle, le code secret qui lui est attribué. La recommandation met ensuite à la charge du titulaire une obligation d'information envers l'émetteur en cas de perte, vol, contrefaçon, opérations non autorisées ou encore erreur dans la gestion du compte. L'information doit être fournie « sans délai excessif » après la constatation de l'événement. Le texte prévoit par ailleurs, à l'instar du code de bonne conduite, le principe de l'irrévocabilité de l'ordre de paiement. Il est interdit au consommateur d'annuler un ordre qu'il a lui-même donné avec le moyen de paiement. Pratiquement il ne devra pas faire opposition à l'une des opérations effectuées en dehors des cas de perte, vol ou d'utilisation frauduleuse du moyen de paiement.

454. Corollairement sont envisagées les obligations et les conditions de la responsabilité de l'émetteur de la carte. L'organisme émetteur de la carte a tout d'abord une obligation de non divulgation du code confidentiel destiné au titulaire ainsi que d'autres données personnelles concernant celui-ci (point 4.3). L'émetteur a le devoir d'adresser au titulaire qui le demande un relevé de compte lui permettant de prendre connaissance et de conserver des traces des opérations effectuées. De la même façon, lors d'un retrait d'argent à l'aide d'un distributeur automatique, un ticket doit être remis au consommateur qui en fait la demande (point 6.3). L'émetteur a l'obligation de conserver ou faire conserver ces pièces justificatives internes permettant de trancher une éventuelle contestation (point 6.1). Enfin il doit permettre aux titulaires de carte de l'aviser nuit et jour dans le cas de perte de vol ou de contrefaçon sauf pour les cartes privatives c'est-à-dire les cartes émises par les détaillants à leurs clients afin de leur permettre de payer exclusivement les achats qu'ils effectuent dans leurs locaux) pour lesquelles la possibilité d'une notification pendant les heures ouvrables est suffisante (point 8.1).

455. Concernant les cas de perte, de vol ou d'utilisation frauduleuse la carte, la recommandation établit un partage des responsabilités qui assure un certain équilibre

contractuel (point 8.2 ; 8.3 ; 8.4). Avant l'adoption de cet acte, des jurisprudences inquiétantes pour les intérêts des titulaires de carte avaient vu le jour dans les différents Etats membres ⁹³¹. La recommandation a pour objectif de rétablir un équilibre dans le partage des responsabilités en cas de perte ou de vol de la carte. Le texte prévoit que dès lors que l'événement en cause ne résulte pas d'une négligence extrême du titulaire, celui-ci ne supportera les pertes subies que jusqu'au moment de la notification et seulement dans la limite de 150 écus. La négligence pourra être retenue en cas de non-respect, par le titulaire, de son obligation de vigilance, par exemple dans le cas où il aurait inscrit son code confidentiel sur le moyen de paiement. Après notification le titulaire n'a pas à supporter les conséquences de l'événement. Parallèlement, après ladite notification, l'émetteur même en cas de négligence ou de fraude du titulaire, est tenu de mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires pour empêcher toute utilisation frauduleuse du moyen de paiement. Cette dernière obligation de l'émetteur ne peut-être conçue comme une obligation de résultat mais simplement comme une obligation de moyens. Une telle obligation est, comme l'affirme Robert Trinquet alors directeur-adjoint à la direction des services juridiques de la Banque de France : « de nature à inciter les émetteurs à la neutralisation des cartes sans pour autant leur imposer une obligation de résultat qu'ils ne seraient pas à même, dans certains cas, de respecter » ⁹³².

456. Le texte prévoit par ailleurs le régime de responsabilité relatif à l'exécution des opérations effectuées électroniquement (point 6.2 ; 1 ; 7.2 ; 7.3) En cas de non-exécution ou d'exécution fautive d'une opération ainsi que d'exécution d'opérations non autorisées par le titulaire l'émetteur sera tenu responsable. Cette responsabilité est cependant limitée au montant de l'opération non exécutée ou mal exécutée et au montant nécessaire pour permettre au titulaire de retrouver sa position antérieure en cas d'opération non autorisée par celui-ci. La directive envisage aussi la question de la charge de la preuve lors d'un différend entre émetteur et titulaire concernant une opération. Concernant une opération qui n'aurait pas été autorisée c'est à l'émetteur qu'incombera de prouver que l'opération a été correctement enregistrée et comptabilisée et n'a pas été marquée par une déficience technique. Il pourrait sembler ici que la directive effectue un renversement de la charge de la preuve puisque

⁹³¹ - A titre d'exemple : Cass. Civ., 1^{er} avril 1994, *Fontaine c. Société générale*. Le titulaire d'une carte se fait dérober celle-ci ainsi que le dossier personnel s'y afférant et contenant le code confidentiel un vendredi soir. Elle notifie immédiatement le centre d'opposition sans pouvoir fournir le numéro de la carte qui n'était plus en sa disposition. L'organisme étant fermé pendant le week-end elle n'aura aucun moyen de fournir les renseignements complémentaires permettant de faire correctement opposition. La Haute juridiction française lui fera supporter la responsabilité des 9600 FF retirés par le voleur pendant le week-end.

⁹³² - TRINQUET (R.), Relations entre organismes financiers et consommateurs dans un système de paiement étendu à l'ensemble de la Communauté, *La revue Banque*, n° 493, avril 1989, p. 428.

traditionnellement c'est au titulaire de la carte, plaignant, de prouver la mauvaise exécution. Cependant il convient de remarquer que les règles traditionnelles ne peuvent être appliquées aux relations en cause puisque l'essentiel des moyens de preuve est détenu par l'organisme émetteur. La règle dégagée par le texte, fortement décriée par les organismes financiers, semble donc être logique au regard de l'objectif de protection du titulaire, partie faible au contrat.

457. Le régime établi par les deux recommandations s'il n'est pas obligatoire et se révèle en outre nettement en deçà des exemples américain ou danois qui ont inspiré le législateur communautaire, n'en constitue pas moins une protection efficace du consommateur. Ils sont le reflet de la volonté des autorités communautaires d'établir et de faire respecter l'équilibre contractuel dans un domaine où la négociation contractuelle fait généralement défaut. En choisissant la recommandation, instrument non obligatoire, le législateur a respecté les spécificités du domaine en cause, éminemment contractuel, en même temps qu'il a appliqué le principe de subsidiarité. En effet un des aspects de ce principe consiste à laisser une place à l'établissement de règles non réglementaires et non législatives, qui traduisent le « le consensus entre les parties intéressées, sous des formes correspondant à leur culture commune, à leur communs intérêts et à leur commune bonne volonté »⁹³³. Par ailleurs, soulignons que selon la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, les juges nationaux ont le devoir de tenir compte de cet acte non obligatoire pour résoudre les litiges qui leur seront soumis⁹³⁴. La relation contractuelle entre titulaire et émetteur de carte a subi de façon importante l'influence de ces textes non obligatoires : les consommateurs se sont vus accordée une protection plus élevée que celle existant dans la plupart des Etats membres. Les deux textes n'ont certes pas été appliqués à la lettre par les professionnels qui leur ont préféré d'autres codes de bonne conduite dont ils se sont eux-même dotés. L'efficacité d'un acte plus contraignant en droit étant souvent amoindrie par la mauvaise volonté de ses destinataires ; l'engagement pris par les intéressés eux-mêmes est en soi un bien meilleur gage d'efficacité. Les institutions communautaires semblent donc avoir pris en compte cette réalité des relations entre opérateurs économiques.

⁹³³ - CORNUT (C.) BENOIN (G.), *Priorité au dialogue entre banquiers et consommateurs*, *RAE*, n° 3, 1994, p. 12.

⁹³⁴ - CJCE, 13 décembre 1989, *Grimaldi*, aff C-322/88, *Rec.* p. 4407, point n°18.

CONCLUSION DU TITRE I

458. L'influence qu'exercent de plus en plus visiblement les règles communautaires sur la forme et le contenu des contrats de consommation a suscité et suscite toujours un grand nombre de critiques. On a pu affirmer que l'érosion du droit commun des contrats était moins le fait du droit interne de la consommation que du droit communautaire ⁹³⁵. L'objet de cette étude n'étant pas de prendre position sur l'opportunité de l'action communautaire en matière de droit des contrats, mais simplement (?) de montrer en quoi le premier influence le second, nous nous contenterons de quelques remarques de conclusion sur ce point. La production normative des autorités communautaires en matière de protection du contractant profane est quantitativement et qualitativement indéniable. Cette évaluation objective ne suffit pourtant pas pour évaluer la portée réelle de l'intervention communautaire notamment au regard de sa contribution à la construction d'un droit communautaire des contrats. Pour ce faire il faudrait pouvoir déterminer s'il est possible de tirer des enseignements généraux de l'intervention communautaire en matière de contrats passés avec des profanes. Au vu des développements précédents, la réponse à cette interrogation est nécessairement positive. Contrairement à ce qu'affirment les détracteurs de l'intervention communautaire en matière contractuelle, et à ce qui résulterait d'une analyse superficielle des textes adoptés, il ressort de l'étude de ceux-ci, une cohérence matérielle qui contraste vivement avec l'incohérence formelle établie dans la première partie de l'étude.

459. L'ensemble des textes étudiés suit incontestablement un certain nombre de lignes directrices. En amont de la conclusion du contrat d'abord, les réglementations ont pour but d'éclairer le consentement du contractant profane. Dans ce but, elles instaurent une obligation d'information pré-contractuelles et consacrent une valeur juridique aux documents publicitaires diffusés par les professionnels. Le contenu des contrats est, quant à lui, strictement encadré par l'intermédiaire d'un formalisme impératif, condamnant les rédacteurs de contrats à inclure certaines mentions obligatoires. En aval ensuite, le droit communautaire offre à celui qui a contracté sans avoir une conscience suffisante de l'étendue de son

⁹³⁵ - PIZZIO (J.-P.), La protection des consommateurs par le droit commun des obligations, in : *Droit du marché et droit commun des obligations*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 octobre 1997 à l'Université de Perpignan, *RTDcom*, 1998, n° 51, p. 69.

engagement, le droit de revenir sur le consentement donné. Le déséquilibre de la relation contractuelle entre profane et professionnel est par ailleurs combattu à la fois par l'instauration de règles entourant la responsabilité du professionnel (voyagiste, vendeur...) et par la sanction des clauses créant un déséquilibre excessif au profit de celui-ci. L'intervention communautaire, en dépit de son caractère sectoriel, peut donc difficilement être taxée d'incohérence matérielle. D'autant que les solutions protectrices qui sont récurrentes dans le droit communautaire sont largement similaires à celles qui dominent les législations nationales. La volonté de protection de la partie faible au contrat s'est traduite dès le départ en droit français par l'instauration d'une réglementation impérative du contrat, limitant à la portion congrue la marge de manœuvre des cocontractants⁹³⁶. Il semble donc difficile de reprocher au législateur européen d'imposer de manière autoritaire des solutions détachées des législations nationales.

460. Les droits du contractant profane font donc l'objet d'une approche communautaire structurée et semble-t-il efficace. Qu'en est-il de ceux des contractants professionnels ? L'influence importante que le droit communautaire exerce sur le droit des contrats, a pour l'instant été abordée que de manière directe : les contrats en cause sont saisis en tant que tels par un texte d'origine communautaire. Il convient à présent de montrer que l'influence du droit communautaire se fait ressentir de façon au moins aussi forte lorsque la réglementation communautaire ne concerne qu'indirectement le contrat. Les relations contractuelles entre professionnels, essentiellement régies à travers le prisme du droit communautaire de la concurrence, n'en subissent pas moins une influence importante au profit du professionnel qui se trouve en position de faiblesse.

⁹³⁶ - MESTRE (J.), L'ordre public dans les relations économiques, in : *L'ordre public à la fin du XX^{ème}* Dalloz, 1996, p. 35.

TITRE II

LES DROITS DU CONTRACTANT PROFESSIONNEL

461. Contrairement à un *a priori* répandu, l'intervention communautaire en matière contractuelle ne se limite pas aux relations entre professionnels et consommateurs. Les contrats les plus fortement soumis à l'emprise du droit communautaire sont ceux conclus entre entreprises et on a même pu écrire qu'en ce domaine, le droit interne était un droit « sous influence » pleinement dans « l'orbite du droit communautaire »⁹³⁷.

462. Parce qu'entre professionnels l'égalité n'est pas forcément la règle, il faut parfois que la loi intervienne pour protéger l'une des parties au contrat. Si le cocontractant consommateur est en position de faiblesse dans la relation contractuelle c'est en raison de son ignorance. Il s'agit, nous l'avons vu, de pallier l'insuffisance de son expérience et de ses connaissances dans un domaine qui lui est étranger. Les raisons de la faiblesse d'un professionnel face à un autre sont d'un autre ordre. Ce qui peut créer la faiblesse d'un professionnel dans la relation contractuelle c'est une situation de dépendance face au cocontractant. Les contrats entre professionnels sont marqués par « une logique d'indépendance juridique »⁹³⁸, on se trouve pourtant face à ce que l'on appelle les « contrats de dépendance », selon l'expression de M. Virassamy. Il s'agit de « contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des partenaires, l'assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination »⁹³⁹. La notion de dépendance, dans son acception courante fait référence au rapport qui fait qu'une chose

937 - PRIETO (C.), Influence du droit communautaire de la concurrence et originalité du droit français de la concurrence, *RRJ*, 1998, n°1, p. 52.

938 - MESTRE (J.), Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution, *in* : *La cessation des relations contractuelles d'affaire*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence, des 30 et 31 mai 1996, PUAM, 1997, p. 13.

939 - VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Thèse, Paris I, 1985, LGDJ, 1986, n° 226, p. 162.

dépend d'une autre, au fait qu'une personne dépend de quelqu'un ou de quelque chose. Dans le vocabulaire juridique, la dépendance a un sens plus précis : elle vise le plus souvent la subordination du salarié vis-à-vis de son employeur, dans l'exercice de sa profession. C'est un sens encore différent qui est retenu ici. La dépendance des professionnels ne se situe pas dans un rapport de subordination hiérarchique mais fait référence à l'absence d'autonomie de comportement d'un professionnel par rapport à un autre résultant de suggestions, notamment financières. Sans aller jusqu'à une totale systématisation, qui ne serait pas pertinente eu égard à la diversité des rapports existant entre agents économiques, il est possible d'affirmer que, dans le domaine de la distribution commerciale, le distributeur se trouve, le plus souvent, dans une situation de « dépendance » vis-à-vis de son fournisseur qui fait figure de géant dans la sphère contractuelle. En effet, obligé de se consacrer, financièrement et personnellement, de façon souvent exclusive à la mission contractuelle qui lui est assignée, l'agent commercial, le distributeur exclusif, le franchisé sont souvent isolés du reste du marché. Les difficultés liées à une future reconversion, la perspective de devoir démarcher de nouveaux fournisseurs, réduisent considérablement la marge de manœuvre des distributeurs vis-à-vis de leur contractant. Par ailleurs, malgré cette différence entre la situation du consommateur et du professionnel, une cause commune appelle leur protection : la multiplication des contrats d'adhésion. De la même manière que l'avènement de la production de masse a conduit à la standardisation des contrats de consommation, l'émergence de nouveaux modes de commercialisation a engendré des situations inédites entre professionnels⁹⁴⁰ : ceux-ci aussi se trouvent confrontés à des contrats d'adhésion. Le contrat d'adhésion est ainsi devenu le modèle des relations contractuelles contemporaines. Cette situation a été récemment reconnue par la Cour de Justice des Communautés européennes. Les faits qui ont donné lieu à l'arrêt du 20 septembre 2001⁹⁴¹ étaient simples. Il s'agissait d'un contrat d'approvisionnement exclusif, plus précisément de ce que l'on appelle un « contrat de bière », par lequel un tenancier de bar s'engageait à s'approvisionner exclusivement auprès d'un seul brasseur. Ici, le brasseur était aussi propriétaire des locaux et le tenancier poursuivi par lui pour factures impayées. Pour sa défense, ce dernier invoque devant la juridiction britannique la nullité de l'accord d'achat exclusif au regard du principe de l'interdiction des ententes (article 81-1 du Traité) et dépose une demande reconventionnelle en dommages et intérêts. Or, le droit anglais, comme le droit français, connaît la règle générale qui interdit à une partie de se prévaloir en justice de sa propre turpitude. La juridiction britannique a saisi la Cour de justice des Communautés européennes dans le but de savoir si l'article 81 du Traité, en vertu duquel le contrat en cause était nul de plein droit, s'oppose à cette règle du droit national, qui rend impossible l'action de la société requérante. La Cour commence par rappeler que le Traité et en particulier l'article 81, s'impose autant aux Etats membres qu'à leurs ressortissants et crée, de ce fait, des charges

940 - BEHAR-TOUCHAIS (M.) VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, Paris, 1999, p. 79, n° 131.

941 - CJCE, Arrêt du 20 septembre 2001, *Courage*, aff C-253/99, *Rec. p. 6297. Europe*, Novembre 2001, pp. 12-13, note Idot ; *JTDE*, janvier 2002, n° 85, pp. 24-25.

dans le chef des particuliers⁹⁴². Elle en conclue que « tout particulier est en droit de se prévaloir en justice de la violation de l'article 85 [81 nouveau] paragraphe 1, du Traité, même lorsqu'il est partie à un contrat susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, au sens de cette disposition »⁹⁴³. Cette solution classique au regard des principes du droit communautaire est cependant complétée par des précisions fort intéressantes. Après avoir rappelé que la règle nationale en cause était reconnue par la plupart des systèmes juridiques des Etats membres et qu'elle en avait elle-même déjà fait application, la Cour indique que « le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que, à la condition de respecter les principes d'équivalence et d'effectivité, le droit national refuse à une partie, dont il est constaté qu'elle porte une responsabilité significative dans la distorsion de concurrence, le droit d'obtenir des dommages et intérêts de son contractant ». Elle précise aussitôt que pour apprécier la responsabilité du contractant à la restriction de concurrence, la juridiction nationale peut prendre en considération le contexte économique et juridique dans lequel les parties se trouvent ainsi que leur comportement et leur pouvoir respectif de négociation⁹⁴⁴. La Cour reprend ici à son compte les conclusions de l'avocat général Mischo faisant directement référence à la pression économique qu'une entreprise plus puissante pouvait infliger à l'autre partie subissant ainsi davantage l'entente que ce qu'il pouvait la créer. La Cour reconnaît donc ici l'existence de contrats d'adhésion entre professionnels et recommande à la juridiction nationale, à qui il appartient, en vertu du principe de l'autonomie procédurale, d'autoriser ou non l'action du requérant, de tenir compte de la participation effective de ce dernier à la négociation contractuelle.

463. C'est en application des règles régissant la « concurrence privée »⁹⁴⁵ que la plupart des contrats entre professionnels sont appréhendés⁹⁴⁶. L'article 81-1 du Traité frappe d'interdiction générale les accords entre entreprises, décisions ou pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont « pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ». Très rapidement la question de l'application de cette disposition aux accords dits « verticaux », c'est-à-dire conclus entre producteurs et distributeurs, s'est rapidement posée. Certains considéraient que ces accords ne devaient pas tomber sous le coup de l'interdiction générale au motif qu'ils

942 - Point 19 de l'arrêt précité.

943 - *Ibid*, point 24.

944 - *Ibid*, point 32.

945 - Expression employée par les professeurs Dubouis et Blumann par opposition aux règles de la « concurrence publique » applicables aux Etats membres. DUBOUIS (L.) BLUMANN (C.), *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, Paris, 2^{ème} éd., 2001, p. 390.

946 - A une exception -notable- près. Pour lutter contre les retards de paiement dans les transactions commerciales, les institutions communautaires ont adopté une directive sur la base de l'article 95 du Traité. La directive 2000/35, du 29 juin 2000, entretient une relation indirecte avec le droit des contrats. Certaines de ses dispositions se révèlent, pourtant, importantes au regard de la relation contractuelle. Le régime des intérêts pour retard de paiement est harmonisé par l'article 3 et l'article suivant prévoit la possibilité d'instaurer une clause de réserve de propriété jusqu'au paiement intégral. JOCE du 08/08/2000, n° L-200, pp. 35-38.

présentent des dangers moindres pour la concurrence que les accords entre concurrents (accords dits « horizontaux »). D'autres déduisaient de la généralité des termes du Traité que les accords de distribution constituaient des ententes susceptibles de fausser la concurrence. De telles « ententes », même si elles affectent la concurrence, peuvent aussi constituer un élément bénéfique pour le marché communautaire ; c'est pourquoi, si elles tombent effectivement sous le coup de l'interdiction, une possibilité d'exemption est prévue par le paragraphe 3 de l'article 81. Pour pouvoir bénéficier de cette disposition, un accord doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès économique ou technique tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte et cela sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas nécessaires pour atteindre ces objectifs ni leur donner la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

464. L'intervention communautaire en matière de contrats relatifs à la distribution commerciale, a pris des formes différentes et il faudra mettre à l'écart le contrat d'agence commerciale. Le professeur Baldi, spécialiste de la distribution commerciale, présente l'agent commercial comme « la figure la plus typique d'intermédiaire moderne qui, tout en maintenant une autonomie fondamentale, mène une activité d'étroite collaboration commerciale avec son commettant dans un rapport qui se poursuit dans le temps, avec des caractères de continuité... »⁹⁴⁷. Le droit communautaire protège l'agent commercial de manière directe, en réglementant le contrat d'agence sans passer par le prisme d'une politique spécifique justifiant son action, alors que le plus souvent c'est de manière indirecte, en passant par le droit de la concurrence, que le droit communautaire entreprend de garantir l'équilibre contractuel. Dès lors, au regard de cette caractéristique mais aussi de l'instrument juridique choisi, la réglementation du contrat d'agence commerciale mérite d'être étudiée séparément. L'étude de la réglementation des autres contrats de dépendance que constituent les « contrats de la distribution » peut se faire, quant à elle, de façon commune eu égard au fait que, derrière le souci d'améliorer les conditions de la concurrence, se manifeste la volonté de garantir le respect de l'équilibre contractuel. Nous envisagerons donc, d'une part, la protection directe des droits du contractant professionnel, à travers le cas de l'agent commercial (Chapitre 1), et d'autre part, la protection indirecte des droits du contractant professionnel à travers l'exemple des contrats de distribution (Chapitre 2).

947 - BALDI (R.), *Le droit de la distribution commerciale dans l'Europe communautaire*, op. cit., p. 27.

Chapitre 1

La protection directe des droits DU CONTRACTANT PROFESSIONNEL :

l'agent commercial

465. L'agence commerciale est un phénomène que tous les Etats membres connaissent. On estime à plus de 500 000 le nombre d'agents commerciaux exerçant dans l'Union européenne. Dans certains Etats membres, la valeur des produits écoulés par les agents commerciaux s'élèverait au quart de la production de biens industriels. En France, plus de 20 000 personnes physiques ou morales peuvent prétendre à la qualité d'agent commercial. C'est dire si la réalité économique de l'agence commerciale est importante. « Le monde des intermédiaires du commerce constitue pour les juristes un maquis exceptionnellement touffu et important »⁹⁴⁸ : cette affirmation, encore valable aujourd'hui dans l'ordre interne, prend toute sa signification lorsque l'on évoque la sphère européenne⁹⁴⁹. S'il est possible de trouver une définition de l'agent commercial qui soit valable dans tous les Etats membres en le qualifiant d'« intermédiaire commercial non-salarié qui entretient des relations durables avec un commettant pour le compte duquel il accomplit des démarches auprès d'une clientèle en vue de promouvoir la conclusion de transactions commerciales entre cette clientèle et son commettant », cette définition n'en recouvre pas moins des réalités très variées. Le statut légal de l'agent commercial d'abord, diffère considérablement d'un Etat à l'autre. La première législation nationale consacrée aux agents commerciaux est allemande : ce sont, en effet, les paragraphes 84 à 92 du Code de commerce allemand du 10 mai 1897 qui donnent, pour la première fois, une définition de l'agent commercial⁹⁵⁰. Il convient de noter que la législation allemande a servi de modèle à plusieurs législations nationales postérieures. La législation française, issue du Code Napoléon et fondée sur la notion de mandat d'intérêt commun, a été consacrée par le décret du 23 décembre 1958⁹⁵¹. L'agent commercial y est défini comme un mandataire qui, à titre de profession habituelle et indépendante, sans être lié par un contrat de louage de service, négocie et conclut éventuellement des achats, ventes, locations ou prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels ou de commerçants. La

948 - PARISIS-DRESSES (D.), *Le contrat conclu avec un agent commercial - Etude théorique et pratique*, Ed. Ced. Samson, 1967, p. 11.

949 - Et encore plus dans l'ordre international : MATRAY (D.) SERVAIS (O.), L'harmonisation des contrats d'agence, 1^{ère} partie, *DPCI*, Septembre 1981, Tome 7, n°3, pp. 387-426. 2^{ème} partie, *DPCI*, décembre 1981, Tome 7, n°4, pp. 627-671.

950 - « Handlungsagenten » en allemand, cité in : BALDI (R.), *Le droit de la distribution commerciale dans l'Europe communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1988, p. 21.

951 - Décret 58-1345 du 23 décembre 1958, *JCP*, 1959, III, n° 23838.

législation de la plupart des autres Etats membres reprend, à quelques détails près, cette définition française. La définition donnée par les pays de *Common Law*, bien que se situant dans cet esprit, est, quant à elle, nettement moins précise et recouvre des activités d'intermédiaires différentes, ce caractère général des définitions britannique et irlandaise s'explique en partie par le fait qu'elles résultent essentiellement de la jurisprudence et des usages professionnels. Seule la Belgique se singularise réellement en ne donnant pas de véritable définition de la notion d'agent commercial, mais uniquement des professions de représentant de commerce ou de commissionnaire. La diversité des régimes nationaux relatifs aux contrats d'agence commerciale constituait une entrave véritable aux échanges communautaires, mais surtout elle rendait possible la pratique du « forum shopping » : jusqu'à l'entrée en vigueur de la directive, nombreuses étaient les sociétés françaises qui plaçaient frauduleusement les contrats d'agence qu'elles concluaient sous l'empire de lois étrangères (anglaise, suédoise ou norvégienne) afin de les faire échapper au régime avantageux instauré par la loi française⁹⁵². Ensuite, le rôle même des agents peut varier dans la pratique commerciale. Certains agents se contentent de « préparer » la transaction entre les parties tout en laissant le commettant conclure celle-ci de manière formelle, alors que d'autres sont aussi chargés de conclure eux-mêmes ladite transaction. Sur ce point aussi, il existe différentes possibilités : l'agent peut conclure la transaction en son nom propre (on l'appelle alors agent commissionnaire) ou bien, au contraire, la conclure au nom de son commettant. Par ailleurs, l'agent commercial peut-être une personne physique travaillant seule dans une zone d'action réduite mais il peut tout aussi bien être constitué d'une société importante employant de nombreux salariés et couvrant un territoire qui peut s'étendre à un voire plusieurs Etats membres. Par ailleurs, les transactions des agents commerciaux concernent le plus souvent l'achat ou la vente de marchandises pouvant être des biens de consommation ou d'équipement, mais concernant de plus en plus le monde des services et principalement l'informatique et les transports. Le point sur lequel la diversité des agents commerciaux se manifeste de la façon la plus flagrante est très certainement leur poids économique. Importance quantitative indéniable et grande diversité des ordres juridiques nationaux : les éléments qui poussent le législateur communautaire à intervenir étaient donc réunis.

466. Mais les facteurs économiques sont loin d'être les seuls qui expliquent cette intervention. Même si l'on considère l'agent commercial comme un mandataire *indépendant*, ce qui exclut, en théorie, sa protection au titre de la dépendance économique, la situation de faiblesse de ce dernier, dans le cadre de la relation contractuelle, impliquait une protection communautaire spécifique. Rien n'est plus contractuel que l'agence commerciale, puisque l'existence de celle-ci ne repose que sur les mandats conférés à l'agent. Sur la base de ce contrat, l'agent va consacrer tout son temps à rechercher et à entretenir une clientèle au bénéfice de son mandant. Une fois son mandat rompu, et alors que le mandant continue à bénéficier des efforts fournis

952 - DAHAN (M.), Agent commercial : un seul statut européen, *MOCI*, 6 juin 1996, p. 83.

par l'agent commercial, ce dernier perd tout le bénéfice de son activité antérieure. La clientèle démarchée ne lui appartient pas et l'origine de ses ressources est perdue, ce qui fait dire que « dans le commerce moderne, les agents commerciaux sont les héritiers de Sisyphe »⁹⁵³ ; comme l'affirme un spécialiste⁹⁵⁴, l'agent commercial consacre de longs et coûteux efforts tout en sachant qu'il est menacé, à tout moment, de voir le contrat rompu et ses ressources supprimées alors que le mandant conservera le résultat des efforts fournis. Sans être un profane, l'agent commercial n'en est pas moins la partie faible au contrat qu'il conclut et à ce titre se devait d'être protégé.

467. La réglementation communautaire de l'agence commerciale s'est construite en deux temps. Tout d'abord s'étant intéressé à l'ensemble des contrats de distribution le droit communautaire de la concurrence ne pouvait ignorer le contrat d'agence commerciale. C'est dans une communication de la Commission publiée le 24 décembre 1962 que le droit communautaire s'est, pour la première fois, préoccupé de l'agence commerciale⁹⁵⁵. Ce premier texte a fixé le régime de ce contrat au regard du droit de la concurrence. Le principe qui a été consacré est celui de l'inapplicabilité de l'article 85-1 du Traité de Rome (article 81-1 TCE) aux contrats d'agence commerciale. Ce principe a été envisagé, pour la première fois, dans une communication relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce. La précocité de ce texte est le témoignage de l'importance pratique que revêt le contrat d'agence commerciale à travers l'Europe, mais aussi du souci de la Commission de ne pas voir ses services engorgés par la multiplication des notifications. La jurisprudence communautaire s'est ensuite à son tour attachée à faire échapper les relations entre agent commercial et commettant aux dispositions des articles 85 et 86 du Traité⁹⁵⁶ (81 et 82 TCE).

Mais le droit communautaire ne pouvait se borner à exclure les contrats conclus par l'agent commercial de l'interdiction des ententes. Une coordination des législations des Etats membres concernant la profession d'agent commercial s'est révélée nécessaire pour la mise en oeuvre du marché unique. En ce sens, le Conseil des ministres des Communautés européennes a adopté la directive 86/653, le 18 décembre 1986. Le choix de la directive, instrument en théorie plus souple que le règlement puisque laissant aux Etats le choix des moyens à utiliser pour sa mise en oeuvre s'explique essentiellement par la grande diversité des législations nationales rendant nécessaire une certaine souplesse de la part du législateur communautaire. Pourtant, les dispositions qu'édicte cette directive sont loin d'être purement indicatives. Au contraire, elles

953 - LELOUP (J.-M.), La directive européenne sur les agents commerciaux, *JCP*, 1987, I, 3308, n° 4.

954 - LELOUP (J.-M.), *Les agents commerciaux, Statuts juridiques, Stratégies professionnelles*, Delmas, Paris, 4^{ème} éd., 1998, p. 25.

955 - Communication de la Commission « relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec les représentants de commerce », *JOCE* 24/12/62, n° 2921. Cette communication n'est plus en vigueur aujourd'hui. Elle a été remplacée par les points 8 à 20 de la Communication de la Commission portant lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOCE* du 13/10/2000, n° C-291, pp. 1-44.

956 - CJCE, 13 juillet 1966 *Grundig-Consten*, aff 56 et 58/64, *Rec.* p. 458.

tendent à créer un véritable statut impératif du contrat d'agence commerciale, qui a conduit à de vrais changements dans les législations nationales. Etudiant le texte communautaire qui est inspiré à la fois des législations française et allemande, nous verrons que l'étude de son champ d'application révèle clairement la primauté de l'objectif de protection de l'agent commercial. C'est ainsi que la définition extensive de la notion d'agent commercial constitue le premier élément de protection de celui-ci (Section 1), avant même la réglementation du contrat d'agence (Section 2).

Section 1

UN PREMIER ÉLÉMENT DE PROTECTION :

LA DÉFINITION EXTENSIVE

DE LA QUALITÉ D'AGENT COMMERCIAL

468. L'objectif de protection de la directive se révèle bien avant l'analyse des dispositions matérielles qu'elle contient et même de son champ d'application. Il était légitime de s'attendre à ce qu'avant toute chose un tel texte définisse la notion de « contrat d'agence commerciale ». Or, jusqu'à une période très récente, il n'en était rien : pas plus que la communication de 1962, la directive de 1986 ne donne une véritable définition de ce contrat, se limitant à définir la notion d'agent commercial ce qui est parfaitement révélateur de la volonté du législateur communautaire. Même si la communication est dite « relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce », la définition de ce contrat n'y figure pas. En fait le contrat n'est défini que par l'intermédiaire de la notion d'agent commercial. Le texte est ainsi rédigé : « la Commission estime que les contrats conclus avec des représentants de commerce, dans lesquels ceux-ci s'engagent... ». Seule la notion d'agent commercial fait donc l'objet d'une véritable définition par le droit communautaire. Cette constatation permet, d'ores et déjà, d'affirmer que la réglementation communautaire vise moins le contrat d'agence lui-même que le statut de l'agent commercial. L'intitulé même du texte laissait présager ce parti pris : la directive est intitulée « relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants ». A ces seules remarques formalistes, nous pouvons déjà entrevoir que le professeur Leloup a entièrement raison d'affirmer, lorsqu'il évoque la directive communautaire sur les agents commerciaux, que « le souci d'harmoniser les conditions de concurrence en imposant le rapprochement des législations des Etats membres, domine la directive [...] mais la préoccupation [...] est tout autant de protéger les agents commerciaux contre leur mandant »⁹⁵⁷. Dans sa communication portant lignes

957 - LELOUP (J.-M.), La directive européenne sur les agents commerciaux, *op. cit.*, n°4.

directrices sur les restrictions verticales⁹⁵⁸, la Commission européenne a pris soin de définir le contrat d'agence commerciale comme des « [contrats] dans lesquels une personne physique ou morale (l'agent) est investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre soit au nom du commettant en vue de l'achat de biens ou de services par le commettant, ou de l'achat de biens ou de services fournis par le commettant ». Cette définition classique vient transformer l'ensemble des textes communautaires applicables aux contrats d'agence commerciale en un véritable droit du contrat d'agence... quatorze ans après l'adoption de la directive censée prétendre à cette appellation, et trente huit ans après le premier texte adopté.

En tout état de cause, c'est la qualité d'agent commercial qui déclenche l'application du texte et la définition que celui-ci donne de la qualité d'agent commercial est particulièrement extensive. Si les conditions de fond requises pour l'attribution de cette qualité au regard du droit communautaire sont relativement classiques (§1), c'est l'absence de conditions de forme (§2) qui donne à la directive un champ d'application particulièrement extensif et protecteur.

§1 – LE classicisme des conditions de fond

469. Aux fins de la directive, un agent commercial est défini comme une personne qui, « en tant qu'intermédiaire indépendant, est chargée de façon permanente, soit de négocier la vente ou l'achat de marchandises pour une autre personne, [...] soit de négocier et de conclure ces opérations au nom et pour le compte du commettant »⁹⁵⁹. Cette définition textuelle fait apparaître plusieurs conditions de fond relatives à la qualité d'agent commercial. L'indépendance juridique de l'agent est la condition essentielle (I) en dépit d'une certaine dépendance économique. D'autres conditions sont requises (II) comme la qualité d'intermédiaire et la permanence de la mission de l'agent commercial.

I - La condition essentielle : l'indépendance juridique

470. Pour saisir l'importance du critère d'indépendance dans la qualité d'agent commercial, il faut commencer par envisager le statut de l'agent commercial au regard du droit communautaire de la concurrence. Si comme nous l'avons déjà rappelé, le principe dégagé par la Commission dans la communication précitée est celui de l'exclusion des contrats d'agence de l'interdiction des ententes, c'est précisément en raison de la qualification juridique de l'agent commercial. Celui-ci n'est pas visé par l'article 81 en raison du fait que les contrats qu'il conclut « n'ont ni pour objet ni pour effet de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché commun ». La commission argumente cette conception : « Sur le marché des produits,

958 - Communication n° 2000/C291/01, déjà citée.

959 - Article 1^{er} de la directive 86/ 653 déjà citée.

le représentant de commerce exerce uniquement une fonction auxiliaire. [...] il agit sur les instructions et dans l'intérêt de l'entreprise pour laquelle il exerce son activité. Contrairement au négociant indépendant, il n'est lui-même ni acheteur ni vendeur, mais il recherche des acheteurs ou des vendeurs dans l'intérêt de son co-contractant qui, lui, vend ou achète. Dans ce type de contrats de représentation exclusive, l'entreprise qui vend ou achète ne disparaît pas en tant que concurrent ; elle se borne à utiliser un auxiliaire... ».

Le critère déterminant de la distinction repose sur la prise en charge des risques financiers liés à la vente ou à l'exécution du contrat. Le représentant de commerce ne doit assumer aucun des risques financiers résultant de la transaction, exclusion faite cependant de l'engagement de « ducroire »⁹⁶⁰, à défaut de quoi il sera assimilé à un négociant indépendant. Ainsi, si l'agent peut prendre un risque en menant une activité intense et même très coûteuse sans être certain d'atteindre le résultat recherché, cette prise de risque se limite à son activité propre et ne comprend pas « le risque des capitaux »⁹⁶¹. La Commission précise dans quels cas on se trouve face à un négociant indépendant et non face à un agent commercial : lorsque le négociant est chargé d'entretenir un stock important de marchandises, d'organiser, d'entretenir ou d'assurer à ses frais un service important et gratuit à la clientèle ou encore lorsque c'est lui qui détermine le prix ou les autres conditions de la transaction⁹⁶². Lorsqu'elle doit faire appliquer l'article 81, la Commission se révèle très stricte au regard des critères de distinction entre agent commercial et négociant indépendant. A travers plusieurs affaires, les critères liés à la qualité d'agent commercial se sont affinés, ainsi comme le résume parfaitement le professeur Kovar : « l'agent sera considéré comme n'étant pas un auxiliaire intégré dans l'entreprise de son commettant s'il assume des risques financiers liés aux transactions qu'il réalise pour son commettant, mais aussi s'il accumule la qualité d'agent et celle de distributeur indépendant sur le même marché, et, enfin, s'il est simultanément l'agent de plusieurs commettants et que ceux-ci utilisent les services de plusieurs agents »⁹⁶³. C'est ainsi que dans l'affaire *Pittsburgh Corning Europe*⁹⁶⁴ la Commission ayant relevé que l'agent réalisait l'essentiel de son chiffre d'affaire par la commercialisation de ses propres produits, elle a conclu que « la réalité économique sous-jacente au contrat d'agence était en fait une situation d'intermédiaire indépendant » et a donc refusé le bénéfice des dispositions de la communication. De la même manière dans l'affaire *Sucre*⁹⁶⁵ la Commission affirme que les « agents » en cause s'apparentent en réalité à des intermédiaires indépendants, puisqu'ils

960 - « Nom donné à la stipulation annexe aux contrats de distribution par laquelle un mandataire ou un commissionnaire garantit la solvabilité des clients, moyennant une augmentation de sa rémunération (dite prime de ducroire) et, lorsqu'il a payé, subrogation dans les droits du vendeur à l'égard du client défaillant ». CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2000, p. 315.

961 - BALDI (R.), *Le droit de la représentation commerciale dans l'Europe communautaire*, op. cit., p. 28.

962 - Article 1^{er} de la communication de la Commission déjà citée.

963 - KOVAR (R.), Les contrats d'agence et l'article 85 du traité de la CEE, *JCP, Supp Cah. Dr. De l'ent*, n°51-52, décembre 1989, p.4.

964 - Décision de la Commission, 23 novembre 1972, *Pittsburgh Corning Europe*, JOCE du 05/12/1972, n° L-272.

965 - Décision de la Commission, 2 janvier 1973, *Industrie européenne du sucre*, JOCE du 06/05/1973, n° L 140.

avaient la possibilité de vendre du sucre pour le compte d'autres fabricants, « l'absence d'exclusivité interdisait de voir dans ces agents de simples auxiliaires des entreprises dont il étaient les commis »⁹⁶⁶.

471. Dans le cas d'un contrat d'agence commerciale, « les conditions de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, ne sont pas remplies », car selon la Commission, ces contrats n'ont ni pour objet, ni pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. C'est la raison essentielle et, selon certains auteurs⁹⁶⁷, la seule à l'exclusion des notions d'entreprise ou d'accord entre entreprises qui fait échapper le contrat d'agence aux dispositions de l'article 81, l'agent commercial étant largement considéré comme un intermédiaire passif. C'est donc bien la thèse selon laquelle l'agent n'est que le « bras prolongé »⁹⁶⁸ du commettant qui est retenue par le droit communautaire. Dans ces conditions, comment peut-on affirmer que l'agent commercial a pour principale caractéristique l'indépendance ? La réponse à cette question légitime est à la fois évidence et contradiction. En fait, si l'agent n'est pas visé par les dispositions du droit de la concurrence c'est parce, que selon une approche économique, il n'est qu'un auxiliaire du commettant, alors que l'indépendance requise par la directive de 1986 est issue d'une conception strictement juridique de l'agence commerciale. Juridiquement l'agent commercial est un intermédiaire indépendant ce qui suppose donc l'exclusion de tout lien de subordination vis-à-vis du commettant. L'indépendance dans cette conception consiste à différencier l'agent commercial du représentant salarié lié, quant à lui à son commettant par un contrat de travail constitutif d'un lien de subordination. Cette dissociation, entre réalité économique et réalité juridique, n'est pas exempte de reproches, et il est possible de la résumer ainsi : l'agent économique est juridiquement autonome et économiquement dépendant et c'est précisément cette réalité économique qui justifie la protection qui lui est accordée.

472. L'indépendance constituant la condition essentielle du statut de l'agent commercial, elle se retrouve nécessairement dans toutes les législations nationales. Mais il est intéressant de constater que certains Etats ont tenu à l'inscrire expressément dans leur loi de transposition du texte communautaire. C'est le cas du droit allemand qui affirme que l'agent commercial organise ses activités comme il l'entend et dispose librement de son temps⁹⁶⁹. La loi espagnole précise, quant à elle, que l'agent doit agir selon les instructions raisonnables du commettant dès lors qu'elles n'affectent pas son indépendance.

966 - KOVAR (R.), Les contrats d'agence et l'article 85 du traité de la CEE, *op. cit.*, p. 3.

967 - Voir en ce sens : KOCH (N.) MARENCO (G.), L'article 85 du Traité CEE et les contrats d'agence, *CDE*, 1987, p. 604. Ces auteurs concluent de cette analyse que l'inapplicabilité de l'article 85 aux contrats d'agence ne constitue pas une exception mais simplement une interprétation correcte de cette disposition.

968 - VAN HOUTTE (B.), Les contrats d'agence au regard de l'article 85 CEE : Agir pour le compte s'autrui et intégration dans son entreprise, *CDE*, 1989, p. 348.

969 - Article 84 du Code de commerce allemand, mais aussi article 1^{er} de la loi belge du 13/04/1995.

473. A côté de l'indépendance de l'agent, une deuxième caractéristique définit cette profession : la qualité d'intermédiaire. La directive indique que l'agent, en tant qu'intermédiaire, agit « au nom et pour le compte du commettant ». Même si le texte n'emploie pas expressément le terme de mandat, la pratique et la rédaction de la directive font de l'agent commercial un mandataire. Le terme même d' « intermédiaire » est assez trompeur : l'agent commercial n'a rien à voir avec un intermédiaire au sens d'intermédiaire dans le circuit de distribution. Comme l'explique le professeur Leloup, l'agent « n'appartient pas à ce circuit, n'acquérant pas la propriété des produits distribués ». Le contrat d'agence commerciale est donc simplement un contrat de mandat. Ce mandat peut-être qualifié de mandat d'intérêt commun, conformément au droit français. C'est la raison pour laquelle les notions de commettant et de mandant peuvent être employées indifféremment par les droits français et communautaire. Le fait que la directive admette que soit qualifié d'agent commercial celui qui est seulement chargé de négocier, sans forcément avoir le pouvoir de conclure les affaires dont il a la charge ne doit pas faire douter de la qualité de mandataire de ce dernier. Le droit français d'ailleurs admettait déjà que « négocier, c'est-à-dire faire ou solliciter une offre », puisse être considéré comme « un acte juridique accompli au nom et pour le compte du mandant »⁹⁷⁰.

474. Le troisième trait caractéristique de la qualité d'agent commercial est la permanence de la mission qui lui est confiée. La directive précise que l'agent « est chargé de façon permanente » de négocier ou conclure au nom et pour le compte du commettant. Cette condition était déjà requise par différents droits nationaux et si les dispositions du décret français de 1958 ne la prévoyaient pas expressément⁹⁷¹, les textes antérieurs en faisaient une condition du contrat d'agence commerciale de sorte que le doyen Hémard se ralliait aussi à cette affirmation⁹⁷². La notion de permanence suppose un « rapport de durée stable et continue » qui s'exprime « principalement dans un contact constant et régulier de l'agent avec sa clientèle, existante et potentielle »⁹⁷³. C'est d'ailleurs en raison du caractère permanent de sa mission que l'agent commercial doit être particulièrement protégé : consacrant la totalité de son activité professionnelle à développer les affaires de son commettant, l'agent commercial n'a guère le temps de préparer son « après-contrat » et se retrouve, de ce fait, dépourvu lorsque celui-ci prend effectivement fin.

970 - C'est ce qui résulte de l'analyse du décret de 1958 par le professeur Leloup, dans son article précité.

971 - L'article 1^{er} alinéa 1 du décret du 23 décembre 1958 disposait en effet simplement « est agent commercial le mandataire qui, à titre de profession habituelle et indépendante... »

972 - HEMARD (J.), *Les agents commerciaux*, *RTDCom*, 1959, p. 583, n°14.

973 - BALDI (R.), *Le droit de la représentation commerciale dans l'Europe communautaire*, *op. cit.*, p. 32.

475. La directive communautaire ne concerne que les agents qui exercent cette activité à titre de profession, puisque sont exclus de son champ d'application les agents qui ne sont pas rémunérés⁹⁷⁴. La notion de « professionnel » aurait donc utilement pu être insérée dans le texte de la directive, comme elle l'a été dans le droit français. Sont encore laissés en dehors de la notion d'agent commercial, les intermédiaires indépendants chargés de la location ou de la prestation de services. L'activité des agents commerciaux se limite donc à l'achat ou à la vente de marchandises, ce qui est plus restrictif que les divers droits nationaux et notamment le droit français tel qu'il résulte du décret français qui conçoit les activités de l'agent de manière beaucoup plus large englobant le domaine des services. La directive exclut aussi les agents opérant dans les bourses de commerce et ceux exerçant leur activité sur les marchés des matières premières. Enfin, il est permis aux Etats membres d'exclure du champ de la protection les agents n'exerçant leur activité que de manière accessoire. Le législateur français a fait usage de cette faculté lors de la transposition de la directive, décidant sous la pression de l'industrie automobile que « lorsque l'activité de l'agent commercial est exercée en exécution d'un contrat écrit passé entre les parties à titre principal pour un autre objet, celles-ci peuvent décider par écrit que les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables [...] »⁹⁷⁵.

Rappelons pour conclure que tout Etat membre est bien sûr autorisé à étendre la protection accordée par la directive à d'autres catégories d'agents que ceux visés dans la directive, les exclusions qu'elle édicte étant donc purement facultatives. Si les conditions de fond relatives à la qualité d'agent commercial sont relativement classiques et n'ont pas entraîné, pour cette raison, de changements notables dans le droit français et guère plus dans les autres ordres juridiques nationaux mis à part une précision plus grande des droits anglo-saxons, la réglementation des conditions de forme, particulièrement souple, constitue pour de nombreux Etats un véritable bouleversement.

§2 - L'ABSENCE de formalisme

476. Le texte de la directive ainsi que la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes font ressortir une absence totale de formalisme quant à la validité du contrat d'agence. L'apport du droit communautaire sur ce point considérable et a conduit à la modification de certains droits nationaux, notamment du droit français. L'agent se trouve très largement protégé par la directive, puisque celle-ci ne lui impose ni obligation d'immatriculation (I), ni exigence d'un contrat écrit (II)

974 - Article 2-1 de la directive.

975 - Article 15 de la loi du 25 juin 1991, inséré afin de ne pas perturber la pratique des garagistes « agents de marque automobile » qui, en contrepartie d'un panonceau de la marque et de leur appartenance au réseau de celle-ci, sont chargés de vendre au nom et pour le compte du concessionnaire un certain nombre de véhicules. Sur ce point, voir : LELOUP (J.-M.), La loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants ou le triomphe de l'intérêt commun, *JCP*, 1992, I, n° 105, p. 5.

477. Contrairement aux règles en vigueur dans différents Etats membres, les dispositions de la directive 86/653 ne prévoient, pour l'attribution de la qualité d'agent commercial et donc de la protection qu'elle institue, aucune condition d'immatriculation de l'agent à un quelconque registre spécial. La France prévoyait, aux termes du décret du 23 décembre 1958 que la qualité d'agent commercial était conditionnée par l'inscription à un registre spécial. L'article 4 de ce texte disposait que les agents commerciaux « doivent, avant de commencer l'exercice de leurs activités, se faire immatriculer sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance statuant commercialement dans le ressort duquel ils sont domiciliés ». Or, s'il était possible à l'instar du doyen Hémard de ne voir dans cette obligation qu'une mesure de police administrative⁹⁷⁶, la Cour de cassation en avait fait une condition impérative de la qualité d'agent commercial⁹⁷⁷ et refusait le bénéfice de ce statut protecteur aux agents ayant failli à cette obligation⁹⁷⁸, ceux-ci n'étant alors protégés que par les règles relatives au mandat d'intérêt commun. Plusieurs auteurs dénoncèrent alors la situation particulièrement choquante des agents demeurant à l'étranger, ne pouvant matériellement satisfaire à l'obligation d'immatriculation et, de fait, privés du statut protecteur d'agent commercial⁹⁷⁹ et réclamèrent que l'obligation d'immatriculation (re)devienne une simple mesure de police. La loi de transposition de la directive demeurant silencieuse sur ce point, la controverse concernant la nature de l'obligation d'immatriculation était à son comble. Certains considéraient que le silence de la loi française, calqué sur le silence du législateur communautaire signifiait que l'immatriculation était devenue une simple mesure de police professionnelle⁹⁸⁰. Mais en se fondant sur le fait que le décret d'application de la loi de transposition reprenait textuellement les dispositions de son ancêtre le décret de 1958, il était tout aussi possible de conclure à une logique continuité de la jurisprudence de la Cour de cassation. La majorité de la doctrine faisant autorité en ce domaine demeurait incertaine tout en souhaitant bien entendu que « le prétexte communautaire »⁹⁸¹, permette un revirement de jurisprudence et une meilleure protection des agents commerciaux.

976 - A la question "doit on aller jusqu'à refuser le bénéfice de cette qualité à un agent commercial non immatriculé mais exerçant effectivement cette profession ?", le doyen Hémard en 1959 répondait en ces termes : « la sanction paraît bien sévère en l'absence de disposition expresse de ce texte et, de toute façon, il ne serait pas possible de méconnaître le caractère de mandat d'intérêt commun au contrat liant cet agent à son mandant ». HEMARD (J.), *Les agents commerciaux*, *RTDCom*, 1959, p. 596.

977 - Voir Cass. Com, 21 avril 1966, *JCP*, 1967, II, n° 15012, note Level; *RTDCom*, 1967, p. 554, obs. Hémard.

978 - Cass. Com., 18 mars 1975, *JCP*, 1975, éd. G, IV, p. 153.

979 - Voir par exemple : LELOUP (J.-M.), *La directive européenne sur les agents commerciaux*, *op. cit.*

980 - En ce sens : LELOUP (J.-M.), *La loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants ou le triomphe de l'intérêt commun*, *JCP*, 1992, I, n° 105, p. 4.

981 - Le "prétexte communautaire" et ses conséquences sur le statut de l'agent commercial non-immatriculé constituent le fil rouge du raisonnement du professeur Putman sur ce sujet : PUTMAN (E.), *Défunte ou toujours vivante ? L'obligation d'immatriculation, condition du statut d'agent commercial*, *RJC*, Janvier 1993, n° 1, pp. 1-5.

478. La solution est venue de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur un litige né de la réglementation italienne. La loi italienne n° 204 du 3 mai 1985⁹⁸² prévoyait, en son article 2, que l'enregistrement au registre des agents et représentants de commerce était obligatoire et l'article 9 dudit texte interdisait « à toute personne non inscrite au registre visé par la présente loi d'exercer l'activité d'agent ou de représentant de commerce ». La jurisprudence italienne en déduisait que le contrat d'agence conclu par une personne non inscrite était nul et, qu'en conséquence, l'agent non immatriculé ne pouvait réclamer en justice les commissions et indemnités relatives à l'activité qu'il avait exercée⁹⁸³. Saisie par le Tribunal de Bologne, dans le cadre d'un litige né de cette réglementation, la CJCE, dans son arrêt *Bellone*⁹⁸⁴, affirme que la directive s'oppose à une réglementation nationale qui subordonne la validité d'un contrat d'agence à l'inscription de l'agent de commerce sur un registre prévu à cet effet. La Cour a d'abord rappelé l'objectif de protection de la directive, ensuite fait référence aux travaux préparatoires pour enfin constater que le législateur communautaire « en ne mentionnant limitativement que l'exigence d'un écrit pour la validité du contrat, a réglementé de manière exhaustive la matière. En dehors de la rédaction d'un écrit, les Etats membres ne peuvent donc exiger aucune autre condition. »⁹⁸⁵. La question était donc définitivement tranchée.

479. La CJCE a confirmé cette jurisprudence dans un arrêt récent⁹⁸⁶ qui mérite quelques développements. Cette affaire s'inscrit directement dans le prolongement de l'affaire précédente. La société italienne Centrosteeel demanderesse, non-immatriculée au registre visé par la loi italienne, avait conclu, verbalement, un contrat d'agence commerciale avec une société autrichienne, la société Adipol GmbH. Cette dernière ayant mis fin à la relation contractuelle, la société demanderesse exigea le paiement d'une commission pour les contrats conclus par son intermédiaire. La société Adipol invoque la non-immatriculation de la société Centrosteeel pour conclure au rejet de sa demande. Dans la procédure la société demanderesse ne manque pas d'invoquer la directive communautaire mais la défenderesse se fonde, quant à elle, sur une jurisprudence constante selon laquelle les directives communautaires n'ont pas d'effet direct dans les litiges entre particuliers. Ne parvenant pas, dans ces conditions, à trancher le litige, la juridiction italienne saisit la CJCE. Reconnaisant l'absence d'effet direct horizontal des directives, le Pretore di Brescia demande si les dispositions du Traité relatives à la liberté d'établissement (articles 43 à 48 TCE) s'opposent ou non à une réglementation nationale qui subordonne la validité d'un contrat d'agence à l'inscription de l'agent sur un registre prévu à cet effet. La Cour réaffirme sa jurisprudence constante⁹⁸⁷ selon laquelle, en

982 - *Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana (GURI)*, n°119, du 22/05/85, p. 3623.

983 - Pour une analyse de cette jurisprudence voir : BALDI (R.), *Il contratto di agenzia*, Milan, Giuffrè, 1997, p. 313.

984 - CJCE, 30 avril 1998, *Barbara Bellone*, aff C-215/97, *Rec.* p. 2191.

985 - Point 14 de l'arrêt précité.

986 - Arrêt du 13 juillet 2000, *Centrosteeel Srl contre Adipol GmbH*, aff C-456/98, *Rec.* p. 6007.

987 - CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff 152/84, *Rec.* p. 723. CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, aff C-91/92, *Rec.* p. 3325.

l'absence de transposition adéquate en droit national, une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations à la charge des particuliers. Mais la juridiction communautaire ajoute que, selon une autre jurisprudence constante, afin de se conformer au troisième alinéa de l'ancien article 189 du Traité (article 249 TCE) les juridictions nationales doivent, en appliquant le droit national, le faire à la lumière de la directive et en fonction de sa finalité afin d'atteindre le résultat fixé par celle-ci. La juridiction communautaire en conclut donc que le litige peut parfaitement être tranché sur le fondement de la directive et qu'il n'est donc pas nécessaire de statuer sur les questions posées par la juridiction de renvoi concernant les dispositions du Traité et réaffirme que « la directive 86/653/CEE [...] s'oppose à une réglementation nationale qui subordonne la validité d'un contrat d'agence à l'inscription de l'agent de commerce au registre prévu à cet effet ».

A la lumière de ces deux arrêts, la Cour de cassation française se trouve ainsi obligée d'abandonner sa jurisprudence antérieure qui faisait de l'immatriculation au registre spécial une condition obligatoire de la qualité d'agent commercial et donc de l'application du statut protecteur qui est accordé à celui-ci⁹⁸⁸. L'immatriculation est donc devenue, par l'intermédiaire de la directive communautaire, une simple mesure de police administrative. La même remarque peut-être faite en ce qui concerne l'exigence d'un contrat écrit.

II – L'absence d'exigence d'un écrit

480. La question de l'exigence de l'écrit est régie par l'article 13 de la directive. Celui-ci dispose, dans son premier paragraphe, que « chaque partie a le droit, sur demande, d'obtenir de l'autre un écrit signé » ; le second paragraphe précise qu'« un Etat membre peut prescrire qu'un contrat d'agence n'est valable que s'il est constaté par écrit »⁹⁸⁹. L'exigence d'un écrit comme condition de validité du contrat d'agence commerciale n'est donc pas la règle communautaire mais une simple faculté laissée aux Etats membres, ce qui a été explicitement confirmé par l'arrêt précité de la CJCE dans l'affaire *Bellone*⁹⁹⁰. L'absence de formalisme peut s'expliquer par la volonté du législateur communautaire de contrecarrer la pratique courante qui consistait pour les mandants à refuser d'établir un écrit dans le but de faire échapper le contrat aux règles protectrices de l'agent commercial⁹⁹¹.

988 - La jurisprudence avait déjà assoupli sa position en appliquant la loi française à des agents étrangers non inscrits : Cass. Com, 9 octobre 1990, *Bull. civ.*, IV, n° 232, *D.*, 1990, IR, p. 239 ; Cass. Com, 19 novembre 1997, *D. aff.*, 1996, p. 203 ; Cass. Com., 19 novembre 1996, *Bull. civ.*, IV, n° 273, *D. aff.*, 1997, p. 77. .

989 - La majorité des Etats membres n'a pas opté pour la faculté que leur laissait le droit communautaire d'exiger un écrit. Seules les législations grecque, irlandaise et luxembourgeoise ont fait usage de cette possibilité.

990 - Point 14 de l'arrêt : « la directive part du principe que le contrat n'est soumis à aucune forme, tout en laissant aux Etats membres la faculté d'exiger la forme écrite ».

991 - Cette pratique a été dénoncée par la deuxième chambre civile de la Cour d'Appel d'Amiens, 15 juin 1977, *JCP*, 1979, éd. G, II, n° 19163, note Hémard. Cité par LELOUP (J.-M.), La loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants ou le triomphe de l'intérêt commun, *JCP*, 1992, I, n° 105, p. 4.

481. La loi française de transposition de la directive n'ayant pas fait usage de cette faculté ouverte par le législateur communautaire, la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation est aujourd'hui nécessairement caduque. En droit français, aussi, le contrat d'agence est devenu un contrat consensuel. Dans sa jurisprudence formaliste relative au statut de l'agent commercial, la Haute juridiction se fondait sur l'article 1^{er} du décret de 1958 selon lequel « le contrat qui lie l'agent à ses mandants est écrit » pour retirer le bénéfice du statut d'agent commercial aux agents qui ne pouvaient fournir de contrat écrit. La Cour de cassation censurait les juges du fond qui s'étaient bornés « à affirmer que la nécessité d'un écrit ne doit être considérée que comme une règle de preuve »⁹⁹². Cette solution, fort critiquée par la doctrine, ne pourra plus être opposée aux agents commerciaux. L'exigence d'un écrit ne peut qu'être considérée comme une simple règle de preuve et non comme une condition de validité. Cependant l'écrit restant un moyen de protection efficace en cas de litige, les dispositions communautaires ont le mérite de faciliter la mise à disposition d'un écrit sur demande de l'une des parties aux contrats. La souplesse de la directive communautaire concernant les conditions de la qualité d'agent commercial constitue sans nul doute l'un des points essentiels de l'influence du droit communautaire sur le droit de l'agence commerciale. Mais la directive se caractérise aussi par une réglementation impérative du contrat d'agence lui-même garantissant à l'agent une protection efficace.

Section 2

LA PROTECTION PAR LA RÉGLEMENTATION

DU CONTRAT D'AGENCE COMMERCIALE

482. Le contrat d'agence commerciale est une catégorie particulière du contrat de mandat. Ce dernier se définit traditionnellement comme le contrat par lequel, une personne donne à une autre personne le pouvoir de faire quelque chose pour elle et en son nom. Or, c'est à propos des agents commerciaux que la jurisprudence française a, au XIX^{ème} siècle, édifié la notion de mandat d'intérêt commun pour dégager l'idée d'une valeur née de la collaboration des parties. Le mandant qualifié « d'intérêt commun » est un mandat de collaboration qui pousse le mandataire à agir aussi bien dans l'intérêt du mandant que dans le sien propre⁹⁹³. Comme le notent justement les professeurs Collart-Dutilleul et Delebecque, dans le cadre du contrat

992 - Arrêt précité : Cass. Com, 21 avril 1966.

993 - COLLART-DUTILLEUL (F.) DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Paris, 5^{ème} éd., 2001, p. 545, n° 672. En droit français, la loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants dispose dans son article 4 : « Les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties ». Voir : LELOUP (J.-M.), La loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandant ou le triomphe de l'intérêt commun, *JCP*, 1992, I, n° 3557.

d'agence, il semble que « l'intérêt est davantage réciproque que commun, puisque l'intérêt de l'agent est dans l'exécution de son mandat, alors que l'intérêt du mandant réside dans l'exécution du contrat de vente ». Cette réserve émise, il est communément admis que le « prototype » du mandataire d'intérêt commun est l'agent commercial⁹⁹⁴. L'agent est un intermédiaire qui négocie et conclut des contrats au nom et pour le compte de l'entreprise qu'il représente, en développant son activité, il développe sa clientèle et contribue à l'augmentation de « son » chiffre d'affaires. L'application de la notion de mandat d'intérêt commun au contrat d'agence commerciale a des conséquences importantes sur la façon dont un tel contrat est régi. L'intérêt commun suppose un certain équilibre contractuel. Le rétablissement de cet équilibre a guidé le législateur communautaire lors de la rédaction de la directive de 1986. Cette quête se manifeste à deux niveaux. La directive protège les droits de l'agent commercial durant l'exécution du contrat (§1) mais, étant donné que la faiblesse de l'agent face à son commettant se manifeste de façon plus accrue au moment de la rupture du lien contractuel, les droits de celui-ci sont aussi protégés lors de l'extinction du contrat (§2).

§1 – LES DROITS DE L'AGENT DURANT L'EXÉCUTION DU CONTRAT

483. Sans pour autant y faire référence, la directive communautaire est marquée par l'influence de la notion de mandat d'intérêt commun. Elle commence par fixer le cadre général de l'exécution du contrat en édictant les obligations réciproques des deux parties (I) avant de réglementer de façon impérative un point crucial pour la protection des intérêts de l'agent : sa rémunération (II).

I - Les obligations réciproques des parties

484. Le chapitre 2 de la directive est consacré aux droits et obligations des parties. Les dispositions qu'il édicte sont d'ordre public ce qui s'accorde assez mal avec la généralité - inévitable- des termes employés. Il en va ainsi des obligations de bonne foi et d'information mis à la charge des deux parties.

485. Les articles 3 et 4 de la directive édictent une obligation réciproque de bonne foi dans l'exécution du contrat. On peut légitimement se poser la question de l'utilité d'une telle affirmation alors que les législations nationales contiennent, pour la plupart, des dispositions générales imposant la bonne foi dans l'exécution des contrats. Au regard du droit français, la disposition fait doublon avec l'article 1134 du Code civil qui oblige les parties à toute

⁹⁹⁴ - COLLART-DUTILLEUL (F.) DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., p. 548, n° 675.

convention de l'exécuter de bonne foi. On sait aussi que la jurisprudence allemande sanctionne strictement le manquement à cette obligation générale. La disposition communautaire a néanmoins le mérite de refléter fidèlement l'état des législations nationales concernant le droit des obligations mais aussi de servir de base à la résolution d'un problème essentiel du contrat d'agence : celui de la non-concurrence. L'exigence réciproque de loyauté interdit logiquement à l'agent de concurrencer son commettant en représentant une entreprise concurrente. C'est en tout cas dans ce sens que le législateur français a transposé la directive. Le rapport entre obligation de loyauté et notion d'intérêt commun est parfaitement résumé par Madame le professeur Brunet⁹⁹⁵ qui déclare « la déloyauté est ce qui crée, à l'insu du cocontractant, une divergence d'intérêts destructrice de l'intérêt commun ».

486. Dans le même sens, une obligation réciproque d'information est aussi mise à la charge des parties. L'article 2 impose ainsi à l'agent de « communiquer au commettant toute information nécessaire dont il dispose » alors que l'article 3 concernant la réciproque pour le commettant est plus complet. Ce dernier doit mettre à la disposition de l'agent « la documentation nécessaire qui a trait aux marchandises concernées » mais doit aussi « aviser l'agent commercial dans un délai raisonnable dès qu'il prévoit que le volume des opérations commerciales sera sensiblement inférieur à celui auquel l'agent commercial aurait pu normalement s'attendre ». Il semble que le législateur ait voulu créer, à travers cette obligation d'information commune aux deux parties, une sorte d'obligation de collaboration, répondant parfaitement à la notion française de mandat d'intérêt commun. L'information mutuelle qui constitue la base indispensable à une collaboration réelle se traduit en pratique par une obligation d'assurer la formation de l'agent commercial pour lui permettre de travailler efficacement⁹⁹⁶. Par ailleurs, le paragraphe 3 de l'article 4 impose au commettant une obligation d'information spécifique : celui-ci doit informer son agent dans un délai raisonnable de son acceptation ou de son refus ou de l'inexécution d'une opération commerciale qu'il lui a apportée. »

487. Ces différentes dispositions pouvant être considérées comme un simple rappel du droit commun de l'agence commerciale, il était possible de penser qu'un certain nombre de législateurs nationaux jugeraient leur transposition inutile. Ce ne fût pas le cas pour le législateur français qui, pourtant, aurait pu invoquer la solidité de la notion de mandat d'intérêt commun sur laquelle repose la réglementation nationale du contrat d'agence. Certes, au départ le projet de loi de transposition les jugeant inutiles, ne faisait pas état des articles 3 et 4 de la directive, mais le Sénat a opté pour leur stricte transposition « de façon à mieux respecter

995 - BRUNET (A.), Clientèle commune et contrat d'intérêt commun, in : *Etudes dédiées à Alex Weill*, Litec, Paris, 1983, p. 101.

996 - LELOUP (J.-M.), La création de contrats par la pratique commerciale, in : *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, Paris, 1986.

l'esprit de la directive et à tenir compte de la spécificité du contrat d'agence »⁹⁹⁷. Le législateur français a donc repris les termes de la directive : l'article 4 de la loi de transposition dispose que « les rapports entre l'agent et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information ». Mais il semble, en fait, que ce choix ait pour but de justifier les dispositions de l'article précédent qui fait interdiction à l'agent d'accepter la représentation d'une entreprise concurrente de celle de l'un de ses mandants sans accord de ce dernier ». Ainsi, retrouvant les obligations réciproques de loyauté et d'information, respectivement aux articles 3 et 4 alinéa 2 de la loi française, il est possible de constater que la directive aura permis de rappeler, mais surtout d'inscrire expressément dans les différents droits nationaux, les obligations qui constituaient l'essence du contrat d'agence.

II - La consécration d'un droit à la rémunération au profit de l'agent

488. La rémunération de l'agent est un élément éminemment contractuel. C'est la raison pour laquelle les droits de certains Etats membres ne réglementent pas directement cette question, à l'instar, par exemple, du droit français qui était totalement muet sur ce point. Au contraire, la directive européenne édicte une réglementation contraignante.

489. Le texte préserve la liberté contractuelle et n'oblige pas les parties à opter pour le régime de la commission ou de la rémunération fixe, pas plus qu'il n'intervient dans le calcul du montant de la rémunération. Toutefois, seule la commission, qui constitue le mode de rémunération principal des agents commerciaux, est réglementée. La rémunération à la commission a seule le mérite d'être totalement conforme avec le principe de l'indépendance des agents commerciaux. Comme l'affirme le professeur Baldi, « on ne peut admettre la rétribution par un montant fixe, dégagé du rapport avec la qualité et le montant des affaires promues ; dans une hypothèse de ce genre la figure de l'agent, caractérisée justement et par l'autonomie et par le risque de son activité, serait dénaturée »⁹⁹⁸. Sans interdire la rémunération par un fixe, le paragraphe 3 de l'article 6 confirme explicitement cette conception puisqu'il indique que les dispositions de la directive relatives à la rémunération ne s'appliquent pas aux cas où l'agent n'est pas rémunéré « en tout ou en partie » à la commission, celle-ci étant définie comme « tout élément de la rémunération variant avec le nombre ou la valeur des affaires ». Même si elle laisse la question de la rémunération à la libre détermination des parties, la directive prévoit une solution supplétive visant à pallier l'insuffisance éventuelle du contrat. L'article 6 prévoit : « En l'absence d'accord à ce sujet entre les parties et sans préjuger de l'application des dispositions obligatoires des Etats

997 - Rapport de M. Huchon au Sénat, fait au nom de la Commission des affaires économiques et du plan sur le projet de loi relatif aux rapports entre les agents commerciaux et leur mandant, annexé au procès verbal de la séance du 11 avril 1991, n° 268, p. 17.

998 - BALDI (R.), *Le droit de la représentation commerciale dans l'Europe communautaire*, op. cit., p. 41. Dans le même sens voir : LELOUP (J.-M.), *Les agents commerciaux - Statuts juridiques, Stratégies professionnelles*, op cit. , p. 125.

membres sur le niveau des rémunérations, l'agent commercial a droit à une rémunération conforme aux usages pratiqués là où il exerce son activité et pour la représentation des marchandises faisant l'objet du contrat d'agence. En l'absence de tels usages, l'agent commercial a droit à une rémunération raisonnable qui tient compte de tous les éléments qui ont trait à l'opération ». Sur la base de cette disposition, un principe important de notre droit français semble inapplicable. En effet, en prévoyant les modalités de fixation de la commission en dehors de tout accord contractuel, la directive élimine la possibilité pour le juge de déclarer un tel contrat d'agence nul pour indétermination du prix⁹⁹⁹. Les dispositions de la directive obligeront un juge saisi sur la base d'un contrat d'agence ne contenant pas d'éléments de fixation du montant de la commission, à trancher lui-même cette question au regard des usages existants ou en l'absence de tels usages « en fonction de tous les paramètres utiles »¹⁰⁰⁰.

Les dispositions du chapitre III, relatif à la rémunération de l'agent, commencent par consacrer officiellement un droit de l'agent à la commission (A), déterminent ensuite le fait générateur de celle-ci (B) et prévoient enfin ses modalités de paiement à travers la fixation d'un délai impératif (C).

A – Le principe du droit à la commission

490. L'agent commercial tient de la directive un droit à la commission non seulement pour les opérations conclues pendant le contrat mais aussi pour celles conclues après la cessation de celui-ci. S'agissant des opérations concomitantes à l'exécution du contrat, le droit de l'agent à obtenir une commission est affirmé lorsque ladite opération a été conclue grâce à son intervention mais aussi lorsque celle-ci a été « conclue avec un tiers dont il a obtenu antérieurement la clientèle pour des opérations du même genre ». La directive consacre ici ce que l'on appelle un « droit de suite » au profit de l'agent sur la clientèle avec laquelle il aurait déjà traité¹⁰⁰¹. Mais la directive va plus loin en organisant le droit à rémunération en tenant compte de la pratique courante qui consiste à répartir les secteurs entre les agents commerciaux. Ainsi l'article 7 paragraphe 2 fait bénéficier l'agent d'un droit à commission lorsqu'il est chargé, de façon exclusive ou non, d'un secteur géographique ou d'un groupe de personnes déterminées et que l'opération a été conclue avec un client appartenant à ce secteur ou à ce groupe. La Cour de justice des Communautés européennes a rendu un arrêt interprétant de manière large cette disposition puisqu'elle considère que le droit à commission est acquis dès lors que le contrat a été conclu avec un client appartenant au secteur géographique ou au

999 - Remarquons cependant que la Cour de cassation a infléchi sa jurisprudence sur la détermination du prix en matière de contrats de distribution, validant le pouvoir de fixation unilatérale : Cass., 1^{er} décembre 1995. Sur cette jurisprudence, consacrant le principe des relations de dépendance entre professionnels : *La détermination du prix : nouveaux enjeux-un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, extrait n°1-1997 de la *RTDCom.Eco.*, sous l'égide du CEDIP et de l'Université de Montpellier, Thème et commentaires, Dalloz, 1997.

1000 - LELOUP (J.-M.), *Les agents commerciaux - Statuts juridiques...*, *op. cit.*, p. 126.

1001 - LELOUP (J.-M.), *La directive européenne sur les agents commerciaux*, *op. cit.*, n° 21.

groupe en question et ce nonobstant le fait que l'agent ne soit pas intervenu directement. La circonstance que l'agent soit chargé de ce marché suffit pour qu'il bénéficie du droit à commission ¹⁰⁰², ce qui constitue un apport important du texte communautaire.

491. Le droit à la commission bénéficie à l'agent au-delà de l'extinction du contrat. En effet, l'article 8 prévoit que celui-ci a droit à la commission lorsque la commande du tiers a été reçue par le commettant ou par l'agent commercial avant la cessation du contrat, ce qui a simplement pour but de lutter contre l'éventuelle mauvaise foi du commettant qui voudrait éviter de payer l'agent pour une opération concrétisée par la commande du bien mais non officiellement consacrée par une acceptation. Mais la rémunération est aussi acquise au bénéfice de l'agent pour les opérations conclues après la cessation du contrat si « l'opération est principalement due à l'activité qu'il a déployée au cours du contrat d'agence et si l'opération est conclue dans un délai raisonnable à compter de la cessation ». L'expression « principalement due » est éminemment floue mais correspond néanmoins à la réalité des relations commerciales. On constate ici la flexibilité de l'intervention communautaire en matière contractuelle, les institutions communautaires étant convaincues comme le note le professeur Leloup qu'une telle imprécision « est sans doute préférable à la rigueur abstraite d'un délai précis : l'importance de l'affaire, le rythme habituel des commandes ne peuvent être enfermés dans un délai standard » ¹⁰⁰³. Les dispositions de la directive relatives à la rémunération tiennent compte du délai de « latence » entre l'effort de conviction d'un client et la décision d'achat de celui-ci. Pour cette raison le texte se devait de régler les éventuels conflits entre ancien et nouvel agent. C'est l'article 9 qui assure cette délicate tâche. Ainsi, un agent nouvellement nommé ne pourra logiquement pas obtenir de commission pour les opérations dues à l'activité de son prédécesseur. Cependant le texte prévoit aussi la possibilité d'un partage entre nouvel et ancien agent en vertu d'un souci d'équité. Cette disposition a quand même le mérite d'exister d'être à l'origine de la modification des dispositions françaises mais, son inévitable imperfection sera à n'en pas douter à l'origine d'un important contentieux.

B - La détermination du fait générateur de la commission

492. La question la plus délicate de la réglementation du contrat d'agence est sans doute de déterminer le moment précis où la commission est acquise à l'agent. C'est ce que l'on appelle la détermination du fait générateur de la commission. Il peut s'agir soit du moment de la conclusion du contrat, la mission de l'agent étant enfin remplie, soit du moment où l'opération visée par le contrat a été exécutée. Comme la plupart des législations nationales ¹⁰⁰⁴, la

1002 - CJCE, 12 décembre 1996, *Georgios Kontogeorgas*, aff C-104/95, *Rec.* p. 6643.

1003 - LELOUP (J.-M.), La directive européenne sur les agents commerciaux, *op. cit.*, n° 22.

1004 - C'est le cas du Code civil italien qui lie le droit à la commission avec la « bonne fin » de l'affaire. Ou encore du Code de commerce allemand, selon lequel le droit à commission revient à l'agent suite à l'exécution

directive opte pour la seconde possibilité. Ainsi l'article 10 fait de l'exécution de l'opération par l'une ou l'autre des parties - commettant ou tiers - le fait générateur de la Commission. Cette solution paraît tout à fait conforme à l'esprit de l'agence commerciale, puisque comme l'affirme Roberto Baldi¹⁰⁰⁵ « chez l'agent, une obligation de moyen et de comportement jouxte une obligation de résultat [...] cette dernière constitue l'élément fondamental de la relation contractuelle » et que, dès lors, c'est le résultat final de l'action de l'agent, l'exécution du contrat, qui fait apparaître le droit à commission de ce dernier. Peu importe que l'exécution soit le fait du commettant ou du tiers, dès lors qu'elle a été effectuée la commission est acquise à l'agent. La commission est également acquise lorsque faute d'exécution « le commettant devrait avoir exécuté l'opération en vertu de l'accord conclu avec le tiers ». Cette disposition a pour objet de protéger l'agent commercial en cas de carence du commettant. La même remarque peut-être faite au sujet du paragraphe 2 de l'article 10 auquel les parties ne peuvent déroger et qui fait naître la commission au plus tard au moment où le tiers a exécuté sa part de l'opération ou devrait l'avoir fait, si le commettant avait lui-même exécuté sa part. L'article 11 régit, quant à lui, les causes d'extinction du droit à commission. Celle-ci est prononcée par le paragraphe 1 d'ordre public, en cas d'inexécution de l'opération pour une cause non imputable au commettant. Dans ce cas l'agent qui aurait déjà perçu sa commission est tenu au remboursement.

C - La fixation d'un délai impératif de paiement

493. L'article 10 paragraphe 3 dispose que la commission doit être payée au plus tard le dernier jour du mois qui suit le trimestre pendant lequel elle a été acquise. Cette disposition étant d'ordre public, le délai doit être considéré comme impératif. Mais il s'agit évidemment d'une limite maximale et les parties sont libres de l'abrèger, puisqu'en vertu du paragraphe 4, il ne peut être dérogé à cette disposition « au détriment de l'agent commercial ». Rien n'interdit donc aux parties de prévoir un délai de paiement plus bref, bénéfique à l'agent. Ce délai impératif de paiement constitue une nouveauté pour plusieurs législations nationales dont la législation française. Celle-ci, en application du principe de la liberté contractuelle, ignorait totalement tout ce qui touchait à la rémunération de l'agent. La transposition de la directive a donc entraîné une modification du droit français sur ce point¹⁰⁰⁶.

Dépassant encore la plupart des législations nationales, la directive prévoit une autre obligation à la charge du commettant : celui-ci doit impérativement remettre à l'agent un relevé des commissions qui lui sont dues mentionnant les éléments essentiels sur lesquels le

de la part du commettant. Pour plus de détails sur les législations nationales relatives à ce point : BALDI (R.), *Le droit de la distribution commerciale dans l'Europe communautaire*, op. cit. p. 43.

1005 - *Ibid*, p. 41.

1006 - La loi 91-593 du 25 juin 1991 transposant la directive reprend quasi-textuellement les dispositions de la directive. Le paragraphe 2 de l'article 9 dispose : « Elle [la commission] est payée au plus tard le dernier jour du mois qui suit le trimestre au cours duquel elle était acquise », *JCP*, 1991, III, n° 64839.

montant a été calculé. Ces relevés qui permettent à l'agent de contester le montant des commissions qui lui ont été versées, doivent lui être remis, au plus tard, le mois suivant le trimestre au cours duquel les commissions ont été acquises. Si l'institution de cette obligation d'information de l'agent commercial constitue un moyen supplémentaire de protéger celui-ci, on peut se demander si le délai fixé pour la remise des relevés ne dessert pas cet objectif. Ce délai est exactement le même que celui fixé pour le paiement des commissions : l'agent recevra vraisemblablement, en même temps, le montant de sa commission et lesdits relevés. Pour servir de base à d'éventuelles contestations, n'aurait-il pas mieux valu fixer un délai plus court pour la remise des relevés ? Cette solution aurait utilement permis à l'agent de contester les sommes dues avant qu'elles ne lui soient effectivement versées. Cette remarque étant faite, il faut noter que l'obligation d'information mise à la charge du commettant ne s'arrête pas là. Il est effectivement prévu, en vertu du paragraphe 2 de l'article 12, que l'agent est en droit d'exiger d'avoir accès à toutes les informations nécessaires pour vérifier le montant des commissions dues et, en particulier, d'avoir accès à un instrument d'information essentiel : le livre comptable. A la réserve près de la remarque que nous avons faite plus haut, les deux dernières dispositions qui revêtent un caractère impératif constituent, sans nul doute, une avancée significative dans l'objectif de protection de l'agent commercial¹⁰⁰⁷ ; l'information d'un contractant constituant assurément le principal élément de sa protection. A côté de cela, et sans doute dans le souci de préserver la liberté contractuelle, ni la question du taux de la commission, ni celle de son assiette ne sont abordées par le texte. L'objectif de protection de l'agent a donc conduit le législateur communautaire à réglementer de façon impérative plusieurs aspects de l'exécution du contrat d'agence, entraînant les droits nationaux à traiter, à leur tour, de domaines qu'ils avaient volontairement laissés à la liberté contractuelle. La même remarque peut être faite concernant l'extinction de ce contrat.

§2 – Les DROITS de l'agent À l'expiration du contrat

494. Si le contenu matériel des dispositions de la directive (I) relatives à l'extinction du contrat témoigne de la volonté de protection, la valeur d'ordre public qui leur est assignée (II) révèle de façon plus flagrante encore la vocation protectrice de la directive elle-même.

I – Le contenu matériel des dispositions protectrices

495. Protéger l'agent commercial lorsque arrive le moment de l'extinction du contrat qui le lie à son commettant, obligeait le législateur communautaire à envisager tout d'abord les

1007 - Remarquons quand même que l'obligation faite au commettant d'informer l'agent des éléments de calcul du montant de sa rémunération n'était pas totalement absente du droit français, mais son origine était jurisprudentielle et portait sur un champ moins vaste que celui de la directive.

modalités pratiques de la fin du contrat d'agence (A) pour se consacrer ensuite à la question de l'indemnisation de l'agent commercial (B) et à celle de la clause de non-concurrence (C).

A – Les modalités d'extinction du contrat d'agence

496. Parmi les dispositions relatives à l'extinction du contrat d'agence, il convient d'envisager celles qui concernent le contrat à durée déterminée (1) puis celles qui imposent une obligation de respecter un préavis (2).

1 – Le contrat à durée déterminée

497. Le contrat d'agence commerciale peut parfaitement prendre la forme d'un contrat à durée déterminée même si ce type de contrat est comme l'affirme le professeur Leloup « peu compatible avec la forte motivation de l'agent ». Il est en effet difficile de concevoir qu'un agent se sachant lié au commettant que pour une durée d'un ou deux ans, puisse faire preuve d'autant d'efforts que celui qui se sait lié sans limite de date. Le premier est tenté d'étudier, durant l'exécution du contrat, ses possibilités de « reconversion ». Pourtant, cette opportunité est laissée aux parties par les différents droits nationaux et par le droit communautaire. L'article 14 de la directive intervient, cependant, pour encadrer l'utilisation des contrats à durée déterminée dans le cadre de l'agence commerciale. Cette disposition affirme « un contrat à durée déterminée qui continue à être exécuté par les deux parties au-delà de son terme est réputé transformé en contrat à durée indéterminée ». Cette disposition vient éliminer une pratique courante et particulièrement dangereuse pour les intérêts de l'agent. Cette pratique consiste pour les commettants à ne conclure que des contrats à durée déterminée, qu'ils renouvèlent à leur guise par tacite reconduction afin de ne pas avoir à verser d'indemnité de rupture lorsqu'ils mettaient fin à la relation contractuelle, « ce faisant, le mandant s'assure le concours permanent des meilleurs collaborateurs, comme si le contrat était à durée indéterminée, mais il se ménage la possibilité de se séparer d'eux en attendant que la seule échéance du terme et en échappant à la charge de l'indemnité de rupture »¹⁰⁰⁸.

498. Sur ce point il convient de remarquer que la directive a un impact important sur le droit français. Le décret de 1958, qui constituait l'essentiel du droit applicable à l'agence commerciale, ne prévoyait pas l'hypothèse suscitée. On pouvait alors légitimement penser que la Cour de cassation appliquerait sa jurisprudence relative aux contrats de travail à durée déterminée, qui poursuivis au-delà du terme, se muaient en contrat à durée indéterminée¹⁰⁰⁹. Or, en matière d'agence commerciale, la jurisprudence de la Haute juridiction française allait dans le sens strictement inverse. Par un arrêt rendu le 24 avril 1974, confirmé par la suite, la

1008 - HANINE (J.-J.), Les incidences de la directive communautaire sur le statut jurisprudentiel des agents commerciaux français, *Revue des huissiers de justice*, 1989, p. 1144.

1009 - DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Droit commercial*, Montchrestien, Paris, 2^{ème} éd., p. 226.

chambre commerciale a considéré qu'un contrat d'agence conclu pour une durée déterminée, renouvelable par tacite reconduction tous les deux ans et prévoyant pour chaque partie le droit de reprendre sa liberté à l'expiration de chaque période et alors qu'aucune clause ne venait limiter le nombre des reconductions, demeurait un contrat à durée déterminée. Dès lors, le non-renouvellement de ce contrat ne donnait pas lieu à indemnité au profit de l'agent. Cette jurisprudence qui encourageait nettement la fraude à la loi, est heureusement rendue caduque par les dispositions de l'article 14 de la directive. Il convient cependant de remarquer que le législateur n'a pas entendu doter cet article d'un caractère impératif. Il semble donc possible d'affirmer qu'il s'agit d'une présomption venant suppléer la volonté des parties en dehors de toute convention contraire¹⁰¹⁰. Cette interprétation est confirmée par l'étude du texte initial de la proposition de directive qui comportait le même principe mais avec la réserve « sauf convention contraire ». Dès lors, il est possible pour les parties de prévoir que le contrat à durée déterminée soit renouvelable sans pour autant prendre le caractère d'un contrat à durée indéterminée. Cette remarque vient malheureusement limiter la portée protectrice des dispositions de l'article 14. La seule différence notable entre les deux formes de contrat se situe dans l'existence d'un préavis pour les contrats à durée indéterminée.

2 – L'obligation de respecter un préavis

499. L'un des apports essentiels de la directive est d'obliger les parties à respecter un préavis avant de mettre fin au contrat qui les lie mais aussi de prévoir de façon impérative la durée de ce préavis. L'obligation de respecter un préavis est prévue par l'article 15 de la directive « lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée ». Mais cette obligation s'applique aussi, selon le paragraphe 6, « au contrat de durée déterminée transformé, en vertu de l'article 14, en un contrat de durée indéterminée ». Il semble qu'en imposant cette obligation aux parties, le législateur communautaire ait appliqué une solution commune aux droits allemand et italien¹⁰¹¹, alors que la loi française était silencieuse sur ce point¹⁰¹².

La directive va plus loin encore en fixant de manière impérative la durée minimale du préavis. L'article 15 paragraphe 2 énonce en effet que les parties ne peuvent prévoir de délai plus court que ceux d'un mois pour la première année du contrat, deux mois pour la deuxième et trois mois pour la troisième année et les suivantes. Il est loisible aux Etats membres d'obliger les parties à respecter la même proportionnalité pour les six premières années du contrat. La directive indique par ailleurs que si les parties peuvent parfaitement prévoir des délais plus longs que ceux qu'elle édicte, ils doivent le faire dans le respect des intérêts de

1010 - En ce sens : FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, Litec, Paris, 2^{ème} ed., 2000, p. 95.

1011 - Voir article 89 du Code de commerce allemand et article 1750 du Code civil italien.

1012 - L'existence d'un préavis dans le droit français de l'agence commerciale était toujours d'origine contractuelle, même si l'on sait que la jurisprudence contribuait au respect de cette obligation par une indemnité pour non-respect du préavis contractuel qui se distingue de l'indemnité de rupture et s'ajoute à celle-ci. En ce sens voir : LELOUP (J.-M.), *La directive européenne sur les agents commerciaux*, *op. cit.*, n° 32.

l'agent : le délai du préavis que le commettant devra respecter ne doit pas être plus court que celui que l'agent aura lui-même à respecter, l'inverse étant parfaitement toléré par la directive, ce qui peut être considéré comme une inégalité compensatrice de nature facultative au profit de la partie faible au contrat. La directive laisse les parties libres de déterminer la période du mois à laquelle le préavis prend fin tout en prévoyant de manière simplement supplétive que celui-ci devra coïncider avec la fin du mois civil.

500. La directive laisse les Etats membres libres de prévoir la rupture immédiate du contrat d'agence dans deux situations distinctes : la faute de l'une des parties et la survenance de circonstances exceptionnelles. En prévoyant que lorsque l'une des parties a manqué à exécuter tout ou partie de ses obligations, l'autre partie contractante a le droit de rompre le contrat sans délai, le point *a* de l'article 16 fait une application d'un des principes de base du droit des obligations selon lequel nul n'est tenu de poursuivre un contrat auquel manque gravement le cocontractant. Ce principe était d'ailleurs largement connu du droit français de l'agence commerciale ¹⁰¹³. Le texte communautaire est muet sur le degré de la faute qui est susceptible de justifier une rupture immédiate du contrat. Devant un tel silence et eu égard au caractère protecteur de la directive, il semble que l'on doive considérer que les principes dégagés notamment par la jurisprudence française s'appliquent, et que seule une faute revêtant une certaine gravité puisse de ce fait être retenue. La jurisprudence française exige traditionnellement que la faute commise soit suffisamment grave de sorte le maintien du lien contractuel en soit rendu impossible ¹⁰¹⁴ et on voit mal comment le législateur européen pourrait admettre qu'une faute simple de l'une des parties autorise une dérogation à une disposition à laquelle il attribue un caractère impératif.

501. A côté de la faute, le texte prévoit la survenance de circonstances exceptionnelles comme justifiant une rupture immédiate du contrat. Par « circonstances exceptionnelles » le juriste français entendra « force majeure », puisque l'on sait que la jurisprudence française exige que l'événement soit imprévisible, insurmontable et extérieur par rapport au débiteur pour que celui-ci puisse être dégagé de son obligation. Ainsi, le fait que le mandant soit défaillant financièrement ou qu'il se retire du marché ne pourront comme, l'affirme le professeur Leloup ¹⁰¹⁵, constituer des cas assimilables à des circonstances exceptionnelles. La jurisprudence française s'était d'ailleurs déjà prononcée en ce sens, en affirmant que « le fait que la société appelante se soit trouvée dans l'obligation d'arrêter toute fabrication par suite du décès de son gérant ne saurait être considéré comme constituant en l'espèce un cas de force majeure » ¹⁰¹⁶. La directive, et plus particulièrement ses articles 15 et 16, substitue donc à une

1013 - Article 3-2 du décret de 1958 précité, repris par l'article 5 de la loi de 1991.

1014 - En ce sens : CA, Paris, 30 janvier 1965, *JCP*, 1965, IV, N°73. Voir aussi : Cass. Com., 9 février 1991, *JCP*, 1992, II, 17064, note Hémard.

1015 - LELOUP (J.-M.), La directive européenne sur les agents commerciaux, *op. cit.*, n° 36.

1016 - LELOUP (J.-M.), *Les agents commerciaux - Statuts juridiques...* n° 858.

faculté contractuelle généralement utilisée par les parties au contrat d'agence, une obligation d'ordre public. Plus que l'existence même de l'obligation de respecter un préavis, c'est effectivement le statut législatif de cette obligation qui constitue une innovation communautaire. La même remarque est valable pour la plupart des dispositions du texte et notamment celles relatives au droit à indemnité au profit de l'agent en cas de cessation du contrat.

B - Le droit à indemnité

502. Pour comprendre l'importance que revêt la question de l'indemnité de rupture dans l'arsenal des outils visant à protéger les droits de l'agent, il faut revenir sur l'esprit même de l'agence commerciale. Durant toute la durée de l'exécution du contrat, l'agent commercial consacre tout son temps et son énergie à conquérir ou entretenir la clientèle de son commettant. Lors de l'extinction du contrat, le commettant conserve les bénéfices des efforts de son agent, le patrimoine de son entreprise a été augmenté ; il s'est enrichi. Dans le même temps, l'agent commercial perd son unique source de revenu et avant qu'il obtienne ou non un nouveau contrat, il doit repartir de zéro. C'est précisément à cause de ce brusque retour à la case départ que les législations relatives au contrat d'agence prévoient un droit à indemnité au profit de l'agent lors de l'extinction du contrat. L'indemnisation de l'agent intervient pour mettre en balance l'augmentation du capital du commettant et le préjudice subi par l'agent. Le droit communautaire s'est donc aligné sur les législations nationales. C'est l'article 17 de la directive qui fixe le droit à indemnité de l'agent. Le fait générateur du droit à indemnité est défini de manière très générale : il s'agit de la cessation du contrat, et ceci quel que soit le type de contrat et quelle que soit la partie qui y met fin. De cette généralité, résulte l'absence de distinction entre contrat à durée indéterminée et contrat à durée déterminée. Pour certains auteurs, l'indemnité de rupture n'a pas de sens dans le cas d'un contrat à durée déterminée ce qui semble assez logique puisque, comme dans un travail de même type, les deux parties peuvent se préparer à l'extinction d'un contrat dont elles ont, dès le départ, fixé le terme. On peut donc légitimement penser que la raison d'être de l'indemnisation n'existe plus dans ce cas. Pourtant le législateur communautaire ne distingue pas entre les deux types de contrats. La généralité des termes employés a pour vocation de protéger l'agent qui, dans tous les cas, se trouve démuné lors de l'extinction du contrat. Les organes communautaires ayant participé à l'élaboration de la directive étaient soucieux d'accorder une indemnité à l'agent, y compris dans le cas où la rupture du contrat était de son fait.

503. Concernant l'indemnisation de l'agent, la directive offre aux Etats membres une alternative. L'article 17 de la directive, qui régit le régime de l'indemnisation, est le résultat d'un compromis entre les Etats membres. Ceux-ci ont le choix, pour protéger l'agent, entre « l'indemnité » prévue à l'article 17-2 et inspirée de l'article 89 b du Code de commerce allemand ou la « réparation du préjudice », largement inspirée du décret français de 1958,

prévue, quant à elle, à l'article 17-3. Les deux modes de réparation n'ont pas les mêmes conditions d'ouverture. L'indemnité représente les avantages qui continuent de résulter pour le commettant de l'activité de l'agent. Selon la Commission européenne l'agent n'ayant « perçu des commissions que pendant la durée du contrat, ce qui en général ne reflète pas la survalueur qu'il aura générée pour le commettant ». Concernant cette première hypothèse, l'article 17-2 ajoute aux conditions générales, des conditions spécifiques : l'agent doit avoir apporté de nouveaux clients à son commettant ou alors avoir sensiblement augmenté le volume des opérations conclues avec les clients existants, et le commettant doit encore bénéficier des avantages substantiels résultants des opérations avec ces clients. Par ailleurs, il est spécifié que l'indemnité est « équitable » et qu'elle tient compte de « toutes les circonstances, notamment des commissions que l'agent perd » et qui résultent desdites opérations ¹⁰¹⁷. L'existence ou non d'une clause de non-concurrence doit aussi logiquement entrer en ligne de compte. Pour le calcul de cette indemnité, la directive limite le montant de l'indemnité due à l'agent à une valeur d'une année de commissions calculée d'après la moyenne des cinq dernières années ou sur la moyenne de la durée du contrat s'il a duré moins de cinq ans. Cependant, le paragraphe c prévoit que « le versement de cette indemnité ne prive pas l'agent commercial de faire valoir des dommages-intérêts ».

La deuxième possibilité offerte aux Etats est de prévoir une « réparation du préjudice » au profit de l'agent. La formule de l'article 17-3 est assez proche de son modèle français : « l'agent a droit à la réparation du préjudice que lui cause la cessation de ses relations avec le commettant ». Les circonstances de la cessation justifiant ce droit à réparation sont les suivantes : l'agent doit être privé des commissions qu'il aurait perçues si le contrat avait été exécuté normalement alors que le commettant retire des avantages substantiels de l'activité qu'il a exercée ou l'agent ne doit pas avoir pu amortir les frais engagés pour la bonne exécution du contrat. Les usages et la jurisprudence française fixent généralement le montant de la réparation à l'équivalent de deux années de rémunération. Cette pratique étant constante, il était logique que l'Etat français opte pour cette seconde hypothèse d'indemnisation de l'agent et accorde à l'agent dans la loi de transposition de la directive, « une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi » ¹⁰¹⁸. Notons sur ce point que seuls la France, la Grande-Bretagne et l'Irlande ont opté pour ce système, tous les autres Etats membres ayant choisi le système de l'article 17-2, d'inspiration allemande davantage compatible avec leur conception de l'agence commerciale.

504. L'apport de la directive est surtout significatif en ce qu'elle enserme le droit de l'agent à percevoir une indemnité dans un délai strict. Il est prévu par le paragraphe 5 de l'article 17 que, quel que soit le mode d'indemnisation choisi par les Etats membres, les agents

1017 - Pour plus de détails concernant les modalités de calcul de cette indemnité voir : Rapport de la Commission sur l'application de l'article 17 de la directive 86/653/CEE, COM(96) 364 final, pp. 3-6.

1018 - Article 12 de la loi du 25 juin 1991.

commerciaux, ou le cas échéant leurs héritiers, en perdent le bénéfice s'ils n'ont pas notifié, dans le délai d'un an à compter de la cessation du contrat, leur intention de faire valoir leurs droits. Ce délai impératif d'action en demande d'indemnité a été conçu par le législateur communautaire comme la contrepartie obligatoire au régime particulièrement protecteur de l'agent qui est consacré par la directive. Enfermer le droit de demander l'indemnisation dans un délai particulièrement court, c'est assurer une certaine sécurité juridique au profit du commettant ce que ne prévoyaient pas forcément les législations nationales qui, à l'instar de la législation française, soumettaient ce droit aux prescriptions de droit commun. Cette disposition de la directive qui constitue l'expression de la recherche d'un certain équilibre contractuel en matière d'agence commerciale, a été reprise quasiment mot pour mot par le législateur français.

505. L'article 18 détermine les cas où l'indemnité n'est pas due à l'agent. Le premier de ces trois cas, est celui de la faute de l'agent. Le paragraphe *a* prévoit que l'indemnité n'est pas due « lorsque le commettant a mis fin au contrat pour un manquement imputable à l'agent commercial ». Le degré de la faute justifiant cette absence d'indemnité est suggéré par la rédaction de la suite du paragraphe. Le législateur évoque une faute « qui justifierait, en vertu de la législation nationale, une cessation du contrat sans délai ». Il s'agit du même type de faute que celle qui justifie une rupture du contrat sans respect du préavis ; donc nécessairement d'une faute grave, rendant impossible l'exécution du contrat. La faute simple de l'agent ne peut donc autoriser le commettant ni à rompre immédiatement le contrat, ni à s'affranchir du paiement de l'indemnité de rupture. Le doyen Hémard affirmait déjà en 1959 alors même que le texte du décret de 1958 évoquait simplement la « faute » de l'agent : « Il semble donc qu'en ce qui concerne les agents commerciaux, leur faute ne doive entraîner le refus d'une indemnité que si la faute est assez grave pour justifier la résiliation du contrat et cela d'autant plus que la situation indépendante de ces agents, à qui des ordres stricts ne peuvent être donnés, ne permet pas à leurs mandants de prétendre contrôler et diriger leurs activités comme le peuvent faire les employeurs de représentants »¹⁰¹⁹. C'est donc tout à fait justement que la loi française de transposition de la directive, contrairement à la législation nationale antérieure, emploie l'expression de « faute grave de l'agent commercial » pour retirer le bénéfice de l'indemnité compensatrice à celui-ci¹⁰²⁰.

Selon le paragraphe *b* de la directive, l'indemnité n'est pas due lorsque la cessation du contrat est causée des circonstances attribuables au commettant ou par « l'âge, l'infirmité ou la maladie de l'agent » rendant déraisonnable la poursuite des activités de celui-ci. La première hypothèse est assez large et englobe « toute circonstance objective portant atteinte à l'équilibre contractuel sans qu'il soit nécessaire de rechercher une faute du mandant à l'origine de ces

1019 - HEMARD (J.), Les agents commerciaux, *op. cit.*, n°71.

1020 - Le droit français a, par ailleurs, dû renoncer à la jurisprudence qui considérait la force majeure comme une cause exonératoire de cette obligation : Cass. Com, 6 janvier 1981, *Bull. civ.*, IV, n°3V.

circonstances » ¹⁰²¹. La seconde hypothèse est plutôt novatrice, en tous cas par rapport au droit français antérieur. Avant l'adoption de la directive, l'agent français qui ne pouvait plus assurer ses obligations découlant du contrat se trouvait dans une situation difficile : soit il poursuivait ses activités en prenant le risque de se voir reprocher ultérieurement une faute grave par son commettant, soit il devait de lui-même prendre l'initiative de la rupture risquant ainsi de perdre son droit à indemnité. En reconnaissant un droit à indemnité à l'agent commercial lorsque le contrat est rompu pour des causes dépendant de la fragilité des personnes physiques, le droit communautaire franchit un pas supplémentaire dans la protection. L'article 18 doit être lu en parallèle avec l'article précédent qui, dans son paragraphe 4, fait naître le droit à indemnité au profit des héritiers lorsque le contrat est rompu du fait du décès de l'agent commercial. Cette reconnaissance du caractère patrimonial de l'agence commerciale est confirmée par le troisième cas d'exception au principe du droit à indemnité.

Le paragraphe *c* dispose effectivement que l'indemnité de rupture n'est pas due lorsque l'agent commercial cède, avec l'accord du commettant, ses droits et obligations découlant du contrat à un tiers. Il est donc parfaitement admis par le droit communautaire qu'un contrat d'agence commerciale soit cédé par l'agent à un tiers, dès lors que le commettant a donné son accord. Il est aussi admis que ce soient les héritiers de l'agent décédé qui opèrent cette cession, évitant ainsi au commettant d'avoir à leur verser une indemnité. L'effacement du droit à indemnité est justifié par le fait que l'agent cédant, ou le cas échéant ses héritiers, ont perçu, du fait de la cession, une somme correspondant à la valeur du contrat. La cession du contrat d'agence commerciale, si elle était négligée par le décret français de 1958, a toujours constitué une pratique courante. Les agences commerciales sont cessibles comme toute autre entreprise, leur support est leur portefeuille de contrats qui se cèdent, si le mandant agréé le successeur présenté.

C - La question de la validité de la clause de non-concurrence

506. Parmi les dispositions n'étant pas expressément dotées d'un caractère impératif se trouvent celles relatives à la clause de non-concurrence, aspect pourtant très important du contrat d'agence commerciale. L'article 20 de la directive pose le principe de la validité des clauses qui prévoient « une restriction des activités professionnelles de l'agent commercial après la cessation du contrat ». Mais plusieurs conditions sont posées pour la validité de la clause de non-concurrence. La directive pose, tout d'abord, le principe de l'exigence d'un écrit, non prévu par la législation française, mais particulièrement protecteur de l'agent. A côté de cette condition de forme, le texte prévoit aussi des conditions de fond précises. La clause ne doit se limiter qu'à la clientèle, au secteur géographique et au type de marchandises objet du contrat d'agence. D'autre part, la clause doit avoir une durée maximale de deux ans. La validité de la clause de non-concurrence, non réglementée par la législation française antérieure, est ici strictement encadrée par le droit communautaire. Ce régime particulièrement

1021 - LELOUP (J.-M.), La directive européenne sur les agents commerciaux, *op. cit.*, n° 40.

strict de la clause de non-concurrence, largement inspiré par le droit allemand constitue, sans nul doute, un des aspects les plus importants de la directive. On peut alors se demander pourquoi le législateur communautaire n'a pas pris la peine de spécifier clairement, comme il l'a fait pour d'autres dispositions que les parties ne pourront déroger aux dispositions de l'article 20 au détriment de l'agent commercial, conférant ainsi, sans conteste, un caractère d'ordre public à cette disposition. Au lieu de cela, le paragraphe 4 prévoit seulement que « le présent article n'affecte pas les dispositions de droit national qui apportent d'autres restrictions à la validité ou à l'applicabilité des clauses de non-concurrence ou qui prévoient que les tribunaux peuvent diminuer les obligations des parties découlant d'un tel accord ». Il est donc loisible aux Etats membres de restreindre encore, par leur législation ou leur jurisprudence, les conditions de validité de la clause de non-concurrence. Doit-on en déduire qu'*a contrario* ils ne peuvent pas admettre des clauses qui ne correspondraient pas aux conditions communautaires ou, au contraire, que le silence du législateur les y autorise ? Le principe de l'effet utile plaide pour la première solution. Le législateur français a, quant à lui, repris textuellement les conditions édictées par la directive, soumettant ainsi la validité de la clause à l'obligation d'un écrit et à un champ d'application temporel, géographique et matériel strictement déterminé.

507. La réglementation de la clause de non-concurrence par le droit communautaire nous amène à conclure que l'agence commerciale est soumise à un régime, à la fois complet et sévère, qui laisse assez peu de place à la liberté contractuelle. La réglementation française a dû, sur cette base, être sérieusement remaniée pour une meilleure protection de la partie faible au contrat. C'est bien là le réel objectif de la réglementation communautaire, qui nous l'avons vu, sous couvert de l'amélioration du fonctionnement du marché commun, a en réalité établi les conditions nécessaires à un juste équilibre contractuel dans le domaine du contrat d'agence. L'intitulé de la directive nous avait laissé présager une telle conclusion, que l'étude de ses dispositions caractéristiques et particulièrement la mention du caractère impératif, nous ont permis de confirmer. Il convient cependant de constater que si la directive a établi un statut impératif de l'agence commerciale, cela n'a été fait qu'après dix années de travaux préparatoires et avec l'aide de nombreux spécialistes de la question. Dès lors au lieu de contrarier les nombreux et anciens usages en vigueur dans les différents Etats membres, le texte communautaire n'a fait que les stigmatiser. Seule la législation britannique a subi des changements radicaux du fait de la directive, et il semble que, dans cet Etat, les commettants ont mis fin à leurs contrats d'agence pour en négocier de nouveaux¹⁰²². Par ailleurs, dans la limite autorisée par le droit communautaire, les Etats membres ont conservé la spécificité de leurs réglementations respectives. La directive réservait aux Etats membres plusieurs

1022 - Rapport de la Commission européenne sur l'application de l'article 17 de la directive du Conseil relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants (86/653/CEE), COM(96) 364 final, p. 9

possibilités de choix, en particulier concernant les modalités d'indemnisation de l'agent, lors de l'extinction du contrat et celles-ci ont été utilisées à bon escient afin de préserver l'esprit des ordres juridiques nationaux. La comparaison des différents instruments nationaux de transposition, systématisée par le professeur Leloup, en fait clairement la preuve. Dans son rapport sur l'application de l'article 17 de la directive, la Commission a cherché à savoir si ces facultés de choix laissées aux Etats ont donné lieu à des distorsions de concurrence. La Commission, ayant souligné l'absence de statistiques précises, a quand même conclu que « rien n'indique que les Etats membres qui ont opté pour le système de l'indemnité ou celui de la réparation du préjudice soient confrontés à des difficultés importantes ou à des problèmes de distorsion de concurrence ». Seuls les commettants britanniques semblent avoir été tentés de conclure moins de contrats d'agence commerciale au profit de la solution des agents salariés. La directive 86/653 peut, de ce point de vue, être considérée comme exemplaire : récoltant des solutions déjà en vigueur dans certaines parties du territoire communautaire, le texte édicte à l'échelle de ce territoire un statut impératif qui laisse la possibilité sur certains points de faire prévaloir des choix nationaux. C'est très certainement un exemple d'harmonisation réussie.

II – La force contraignante des dispositions protectrices

508. La force particulièrement contraignante des dispositions de la directive trahit facilement l'objectif de protection de la partie faible au contrat poursuivi par les rédacteurs. Non seulement, le texte contient bon nombre de dispositions obligatoires (A) mais encore les dispositions contenues revêtent un effet rétroactif (B).

A – Des dispositions obligatoires

509. Concernant précisément le caractère d'ordre public des dispositions relatives au droit à indemnité et au-delà de toutes les autres dispositions de la directive, la Cour de Justice des Communautés européennes a récemment ¹⁰²³ rendu un arrêt fort instructif. Le litige opposait une société établie en Californie à une autre société désignée comme agent commercial de la première et ayant son siège au Royaume-Uni. Une clause du contrat d'agence prévoyait que celui-ci était régi par la loi de l'Etat de Californie. Le litige porté devant les juridictions anglaises, après rupture du contrat, était relatif au droit à indemnité de la société ayant la qualité d'agent commercial. Or, selon le droit anglais, la loi choisie par les parties s'applique, sauf si un motif d'ordre public s'y oppose. La Cour avait donc à déterminer si les articles 17 et 18 de la directive relatifs au droit à indemnité étaient ou non applicables à ce contrat. Si la question posée se révélait être des plus classiques au regard du droit international privé puisqu'il s'agissait de déterminer la loi applicable à un contrat international, la CJCE avait, en

1023 - CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc*, aff C-381/98, *Rec.* p. 9305.

substance, à se prononcer sur la valeur juridique des dispositions en cause. Il s'agissait de déterminer si ces dispositions constituaient des dispositions impératives capables de rendre inapplicable la loi du contrat. C'est au terme d'un raisonnement purement « communautariste »¹⁰²⁴ que la Cour a répondu positivement à cette question. Sans évoquer la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹⁰²⁵, la juridiction communautaire affirme, qu'en égard à l'objectif de protection de l'agent commercial après la cessation du contrat, le régime instauré par la directive présente un caractère impératif confirmé par l'article 19 selon lequel « les parties ne peuvent pas, avant l'échéance du contrat, déroger aux dispositions des articles 17 et 18 au détriment de l'agent ». L'idée force du raisonnement de la Cour est la suivante : « l'observation desdites dispositions sur le territoire de la Communauté apparaît (...) nécessaire pour la réalisation de ces objectifs du Traité »¹⁰²⁶ et « il est essentiel pour l'ordre juridique communautaire qu'un commettant établi dans un pays tiers, dont l'agent commercial exerce son activité à l'intérieur de la Communauté, ne puisse éluder ces dispositions par le simple jeu de la clause de choix de loi »¹⁰²⁷.

510. Même si le terme n'est pas employé, les dispositions en cause de la directive sur les agents commerciaux sont, par le biais de cette jurisprudence, érigées au rang de « loi de police »¹⁰²⁸ puisqu'elles sont capables d'anéantir la clause par laquelle les parties ont choisi la loi applicable à leur contrat. Il découle de la nature même d'une loi qualifiée de loi de police¹⁰²⁹ que, dans le champ d'application spatial qui lui est dévolu, celle-ci s'applique aux situations internationales, quel que soit le système de droit désigné par la règle de conflit¹⁰³⁰. Les lois de police revêtent une intensité plus forte que les dispositions dites « d'ordre public » puisque celles-ci peuvent être écartées par le jeu de la règle de conflit ainsi que par le choix d'un système de droit autre que celui auquel elles appartiennent. L'auteur d'une loi de police considère en général que le but poursuivi est trop important pour pouvoir être « abandonné au jeu aléatoire de la règle de conflit »¹⁰³¹. Ce but consiste, le plus souvent, en la protection des intérêts de la collectivité à travers une catégorie de personnes : c'est ce qu'il se produit ici à travers la protection des intérêts de la partie faible au contrat d'agence commerciale.

511. Cette consécration confère à la directive sur l'agence commerciale une force considérable d'autant que le texte contient par ailleurs un nombre important de dispositions d'ordre public. C'est le cas, comme nous l'avons déjà remarqué, pour les articles 3 et 4 relatifs

1024 - IDOT (L.), *Europe*, janvier 2001, p. 18.

1025 - Signée le 19 juin 1980 et entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991.

1026 - Point 24 de l'arrêt précité.

1027 - *Ibid*, point 25.

1028 - IDOT (L.), *op. cit.*, p. 18.

1029 - Le professeur Cornu, donne la définition suivante de la notion de loi de police : « [loi] dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique et qui excluent l'application des lois étrangères », CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2000, p. 525.

1030 - FERRY (C.), *Contrat international d'agent commercial et lois de police*, *JDI*, 1993, n°2, p. 299.

1031 - *Ibid*.

aux droits et obligations de l'agent, qui pourtant sont formulés de manière particulièrement large, l'article 10-2 et 10-3 relatif au principe du droit à commission, l'article 11-1 concernant l'extinction du droit à commission, les articles 12-1 et 10-2 relatifs à l'obligation d'information qui incombe au commettant concernant les éléments de calcul de la rémunération de l'agent et enfin l'article 13-1 concernant la nécessité d'un écrit. Chacune des dispositions contenant la mention du caractère impératif d'une disposition, est rédigée de façon identique « il ne peut être dérogé par accord aux dispositions [visées] au détriment de l'agent ¹⁰³² ». Autrement dit, le législateur n'admet des modifications sur certaines dispositions que dans la mesure où elles présentent un caractère plus protecteur de l'agent. Il ne s'agit donc pas de réglementer de façon impérative le contrat d'agence en lui-même mais bel et bien de prévoir des règles impératives destinées à protéger l'agent commercial. Cette constatation confirme la thèse selon laquelle le droit communautaire des contrats n'existerait qu'à travers les droits accordés aux contractants en position de faiblesse.

B – Des dispositions rétroactives

512. Un autre indice de l'importance du souci de protection de l'agent commercial se trouve dans les dispositions générales et finales du texte. L'article 22-1 impose l'application des prescriptions de la directive, dès le 1^{er} janvier 1994 aux contrats antérieurs à sa transposition en droit interne. Cette rétroactivité heurte bon nombre de principes. Il s'agit tout d'abord d'une solution contraire à un principe général du droit reconnu par l'ordre juridique communautaire qu'est le principe de non-rétroactivité ¹⁰³³. Par ailleurs, elle est en contrariété avec la règle selon laquelle un contrat doit demeurer régi par la loi en vigueur au moment de sa conclusion. Enfin, d'une façon plus générale, il est possible de considérer cette solution communautaire comme une atteinte à l'idée de liberté contractuelle. Mais aux yeux du législateur communautaire, cette entorse exceptionnelle au principe de non-rétroactivité puise probablement sa justification dans le souci d'assurer la meilleure protection possible à la partie faible au contrat. Un tel choix est tout à fait conforme à la jurisprudence de la Cour de justice concernant le principe de non-rétroactivité, puisque si en règle générale, le principe de la sécurité juridique s'oppose à ce que la portée dans le temps d'un acte communautaire voit son point de départ fixé à une date antérieure à sa publication, la Cour admet qu'« il peut en être autrement, à titre exceptionnel, lorsque le but à atteindre l'exige et lorsque la confiance légitime des intéressés est dûment respectée » ¹⁰³⁴. La protection de l'agent commercial constitue sans doute l'une des causes qui, à titre exceptionnel, justifie que l'on puisse porter atteinte au principe général de non-rétroactivité.

1032 - C'est nous qui soulignons.

1033 - Sur ce point voir : SIMON (D.), Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ?, *Droits*, n°14 - *l'Europe et le droit*, PUF, 1991, pp. 73-86. CJCE, 13 novembre 1990, *FEDESA*, aff C-331/88, *Rec. p.* 4023.

1034 - Voir notamment : CJCE, 9 janvier 1990, aff C-337/88, *Società agricola fattoria alimentare*, *Rec. p.* 1., point 13.

513. Seul contrat entre professionnels à être saisi de manière directe par le législateur communautaire, le contrat d'agence commerciale a fait l'objet d'une directive dont on peut dire qu'elle institue un statut contractuel précis et impératif. Cette éviction de la liberté contractuelle intervient dans le but de garantir le respect de l'équilibre entre les parties, ce qui permet de rapprocher la réglementation communautaire du contrat d'agence commerciale de celle des contrats de consommation. L'opposition classique entre profane et professionnel s'en trouve donc atténuée.

Chapitre 2

LA PROTECTION INDIRECTE DES DROITS DU CONTRACTANT PROFESSIONNEL : L'EXEMPLE DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

514. Si l'on excepte le contrat d'agence commerciale, qui fait figure d'exception, c'est par l'intermédiaire des règles communautaires de concurrence que la plupart des contrats conclus entre professionnels se trouve saisi. L'objet de ce dernier chapitre est de montrer, dans quelle mesure, le droit communautaire de la concurrence participe à l'élaboration d'un droit communautaire des contrats passés entre entreprises.

515. C'est sur la base de l'interdiction des ententes entre entreprises que se compose l'essentiel¹⁰³⁵ de l'intervention des institutions communautaires en matière de contrats entre

1035 - Plusieurs autres aspects du droit communautaire de la concurrence exercent une influence plus ou moins marquée sur ce type de contrats. Le contrôle des concentrations opéré par la Commission européenne sur le fondement du règlement 4064/89 (Règlement du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* du 30/12/1989 n° L-395 pp. 1-12. Modifié par le règlement 1310/97 du 30 juin 1997, *JOCE* du 9/07/1997, n° L-180, pp. 1-6) peut ainsi mettre en cause le principe même de certains accords de concentration entre entreprises, mais son influence sur la rédaction et le contenu même des contrats est assez indirecte. Le principe de l'interdiction des abus de position dominante, posé par l'article 82 du Traité

professionnels. L'article 81-1 du Traité interdit tous accords, toutes décisions entre entreprises et toutes pratiques concertées susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun. De tels accords sont nuls de plein droit. Mais c'est plus précisément l'article 81-3, prévoyant la possibilité de déroger à l'interdiction, qui constitue le fondement du droit communautaire des contrats entre professionnels. Sur la base de cette disposition et d'une habilitation du Conseil des ministres de l'Union ¹⁰³⁶, la Commission européenne a adopté différents règlements d'exemption par catégories qui, peu à peu, ont constitué une véritable réglementation des accords ¹⁰³⁷ entre entreprises, par le biais des listes de clauses noires, blanches ou grises. Il s'agit essentiellement des règlements concernant les contrats de distribution exclusive (règlement 1983/83 ¹⁰³⁸), d'achat exclusif (règlement 1984/83 ¹⁰³⁹), de franchise (règlement 4087/88 ¹⁰⁴⁰), de distribution et de services de vente et d'après vente de véhicules automobiles (règlement 1475/95 ¹⁰⁴¹). Parmi les accords de distribution, il faut aussi compter les accords de distribution sélective, couverts non pas par un règlement d'exemption mais par un ensemble de décisions de la Commission et d'arrêts de la CJCE, la Commission ayant annoncé qu'une série de décisions concernant le domaine de la parfumerie ¹⁰⁴² constituerait à l'avenir des modèles. Sont aussi saisis par le droit communautaire de la concurrence, les contrats de licence de brevet (règlement 2349/84 ¹⁰⁴³) et de licence de savoir-faire (règlement 556/89 ¹⁰⁴⁴) regroupés sous le terme générique de contrats de transferts de technologies (règlement 240/96 ¹⁰⁴⁵), ainsi que les contrats de recherche et développement (418/85 ¹⁰⁴⁶) et de spécialisation (417/85 ¹⁰⁴⁷) ¹⁰⁴⁸.

CE entretient, lui aussi, une certaine relation avec les relations contractuelles qui se nouent entre contractants professionnels, mais il vise plus spécialement le comportement des entreprises sur le marché communautaire.

1036 - Règlement du Conseil 19/65 du 2 mars 1965, *JOCE* du 06/03/1965, n° L-36, pp. 533-535 ; modifié par le règlement 1215/1999, du 10 juin 1999, *JOCE* du 15/06/1999, n° L-148, pp. 1-4.

1037 - L'entente peut prendre des formes différentes : elle peut se matérialiser sur le plan juridique et revêtir la forme d'un accord ou d'une décision, mais elle peut aussi résulter uniquement du comportement des entreprises, on parle alors de pratiques concertées. C'est par l'utilisation de la notion « d'accord », plus économique que juridique, que les contrats entre entreprises sont saisis par le droit communautaire. Voir : POILLOT-PERUZZETTO (S.) LUBY (M.), *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Dalloz, Paris, 1998, pp. 226-227.

1038 - Règlement du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article 85§3 du traité à des catégories respectivement de distribution exclusive, *JOCE* du 30/06/1983, n° L-173 pp. 1-4.

1039 - Règlement du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article 85§3 du traité à des catégories d'accords d'achat exclusif, *JOCE* du 30/06/1983, n° L-173 pp. 5-11.

1040 - Règlement du 30 novembre 1988, *JOCE* du 28/12/1988, n° L-359, pp. 46-52.

1041 - Règlement du 12 décembre 1985, *JOCE* du 18/01/1985, n° L-15, pp. 16-24, modifié par le règlement 1475/95 du 28 juin 1995, *JOCE* du 29/06/1995, n° L-145, pp. 25-34.

1042 - Décision de la Commission, 24 juillet 1992, n°92-33, *Yves Saint Laurent Parfums*, *JOCE* du 18/11/1992, n° L-236, pp 24-35. Décision de la Commission, 24 juillet 1992, n° 92-428, *Givenchy*, *JOCE* du 19/08/1992, n° L-236, pp. 11-22.

1043 - Règlement 23 juillet 1984, *JOCE* 16/08/1984, n°L-219, pp. 15-24.

1044 - Règlements *JOCE* du 04/03/1989, n° L-61, pp. 1-13

1045 - Règlement du 31 janvier 1996, *JOCE* du 09/02/96, n° L-31, pp. 2-13, modifiant les règlement n°2349/84 et 556/89 précités.

1046 - Règlement du 19 décembre 1984, *JOCE* du 22/02/85, n° L-53 p. 5, modifié par le règlement 151/93 du 23 décembre 1992, *JOCE* du 29/01/93, n° L-21, pp. 8-11.

516. Plusieurs raisons font de l'analyse complète de l'ensemble de ces règlements un exercice inutile dans le cadre de l'étude. Il convient d'abord de tenir compte de l'importante réforme du droit de la concurrence qui vient d'être mise en place et qui a conduit à la modification ou à l'abrogation de la quasi-totalité des textes cités. Deux règlements ont été adoptés par le Conseil : le premier¹⁰⁴⁹ modifie le règlement 17, principal texte de procédure en matière d'ententes ; le second¹⁰⁵⁰ modifie le règlement 19/65 qui constituait un règlement d'habilitation par lequel le Conseil donnait les plus larges pouvoirs à la Commission en matière de politique de concurrence. En vertu de cette nouvelle habilitation, la Commission a adopté, le 22 décembre 1999, le règlement 2790/1999 qui remplace les règlements d'exemption relatifs aux accords d'achat exclusif, de distribution exclusive et de franchise. Il est accompagné d'une communication de la Commission posant les lignes directrices sur les restrictions verticales¹⁰⁵¹. Cette approche globale des accords verticaux, dont nous avons déjà vu qu'elle constituait une rupture avec les textes antérieurs, ne laisse de côté que les accords intervenant dans le domaine de la distribution automobile qui demeurent soumis au règlement 1475/95 expirant le 30 septembre 2002¹⁰⁵². Les accords horizontaux sont eux abordés par deux règlements du 29 novembre 2000, l'un consacré aux accords de spécialisation (2658/2000) et l'autre aux accords de recherche et développement (2659/2000). Le remodelage des exemptions par catégories en matière d'accords horizontaux, laisse, quant à lui, subsister des règles propres aux accords de spécialisation¹⁰⁵³ et de recherche et développement¹⁰⁵⁴.

Le droit communautaire de la concurrence a, par ailleurs, déjà fait l'objet de nombreuses et brillantes études, et l'on ne peut prétendre ici essayer d'en mener une nouvelle. Il s'agit plutôt de démontrer, à travers un exemple significatif, que l'intervention du droit communautaire en cette matière a entraîné la création de statuts impératifs applicables à certains contrats entre entreprises, que ce statut se révèle être protecteur des intérêts de la partie faible au contrat. La recherche d'une catégorie de contrat pouvant servir d'exemple s'est

1047 - Règlement du 19 décembre 1984, *JOCE* du 22/02/85, n° L-53, p. 1-4, modifié par le règlement 151/93 du 23 décembre 1992, *JOCE* du 29/01/93, n° L-21, pp. 8-11.

1048 - D'autres règlements mériteraient encore être cités : Le règlement 3932/92 relatif à certaines catégories d'accords dans le domaine des assurances, *JOCE* du 31/12/1992, n° L-398, pp. 7-14, pris sur la base du règlement 1534/91 du Conseil, *JOCE* du 07/06/1991, n° L-143, pp. 1-3 ; Règlement 479/92 du Conseil, du 25 février 1992, concernant l'application de l'article 85§3 du Traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne, *JOCE* 29/02/1992, L-55, p. 3 ; le règlement 3976/87 concernant l'application de l'article 85§3 du Traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens, *JOCE* du 31/12/1987, n° L-374, pp. 9-11.

1049 - Règlement 1216/1999, du 10 juin 1999, *JOCE* du 15/06/1999, n° L-148, pp. 5-6.

1050 - Règlement 1215/1999, du 10 juin 1999, *JOCE* du 15/06/1999, n° L-148, pp. 1-4.

1051 - 2000/C 291/01, *JOCE* du 13/10/2000, n° C-291, pp. 1-44.

1052 - THOUVENIN (J.-M.), Vers une remise en cause du système de distribution des automobiles en Europe ?, *RMCUE*, avril 2001, n° 447, pp. 240-246.

1053 - Règlement 2658/2000, *JOCE* du 05/12/2000, n° L-304, pp. 3-6.

1054 - Règlement 2659/2000, *JOCE* du 05/12/2000, n° L-304, pp. 7-12.

naturellement orientée vers les contrats de distribution¹⁰⁵⁵. La distribution, phénomène économique plus que concept juridique, peut se définir comme l'ensemble des opérations qui permet « au producteur d'atteindre le consommateur »¹⁰⁵⁶ ou plus précisément comme les opérations psychologiques, juridiques et matérielles par lesquelles un bien, après le stade de la production ou une prestation de service après le stade de la conception, est vendu ou fourni à l'acheteur ou à l'utilisateur final¹⁰⁵⁷. Ce type de contrat, nommé accords « verticaux » puisque conclus entre des entreprises opérant chacune à un stade économique différent, pose de réels problèmes au regard de l'équilibre contractuel, puisqu'il met en présence des opérateurs qui ne bénéficient pas de la même puissance économique. L'analyse des obligations des parties contractantes permet de distinguer plusieurs catégories de contrats de distribution. Le contrat de distribution exclusive, aussi appelé « concession exclusive », est un accord par lequel un fabricant ou un fournisseur confie à des revendeurs géographiquement répartis une exclusivité de distribution limitée à un territoire déterminé. Le contrat d'achat exclusif, au contraire, est celui par lequel un revendeur s'engage à se fournir auprès d'un unique fournisseur, ce dernier demeurant libre d'approvisionner d'autres distributeurs. L'accord de distribution sélective, qui repose sur le même principe que celui de distribution exclusive, prévoit la sélection du distributeur en fonction de son aptitude à commercialiser les biens du fabricant de la manière la plus efficace. Le contrat de franchise, enfin, constitue une catégorie très spécifique de contrat de distribution. Il s'agit d'un contrat par lequel un franchiseur, qui a connu une réussite commerciale, permet à ses franchisés de la réitérer moyennant rémunération. La franchise est généralement définie comme un « ensemble de relations suivies, aux termes desquelles un commerçant indépendant dénommé le franchisé se voit concéder contre rémunération par le franchiseur le droit d'exploiter, le plus souvent dans une zone territoriale déterminée, un système de commercialisation complet et standardisé, représenté aux yeux du public par une enseigne ou une marque commune »¹⁰⁵⁸. Au cœur du système se trouve un savoir-faire¹⁰⁵⁹ transmis du franchiseur au franchisé et que ce dernier a charge de développer et de protéger¹⁰⁶⁰. Le domaine de la distribution automobile, enfin, a donné naissance à une

1055 - Concernant la question de l'applicabilité de l'article 85-1 aux contrats de distribution la CJCE a affirmé en 1966 « le contrat par lequel un producteur confie à un distributeur unique la vente de ses produits dans une zone déterminée ne saurait tomber automatiquement sous l'interdiction de l'article 85-1 ; en revanche, un tel contrat peut réunir les éléments prévus audit texte, en raison d'une situation de fait particulière ou de la rigueur de clauses protectrices de l'exclusivité ». CJCE, 30 juin 1966, *LTM-BMU*, aff 56/65, *Rec.* p. 337.

1056 - BALDI (R.), *Le droit de la distribution commerciale dans l'Europe communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1988, p. 11.

1057 - En ce sens : CAS (G.) BOUT (R.), *Lamy droit économique, concurrence, distribution, consommation*, n° 2742. BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution*, PUF, Paris, 1996, p. 21. BEHAR-TOUCHAIS (M.) VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, Paris, 1999, n°5. FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, Litec, Paris, 2^{ème} éd., 2000, p. 5.

1058 - CALVO (J.), *Contrat de franchise et droit communautaire, op. cit.*, p. 2

1059 - Le savoir-faire est défini comme « un ensemble de connaissances pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié ».

1060 - L'importance du savoir-faire résultait déjà du raisonnement de la CJCE dans l'arrêt Pronuptia dans lequel la Cour insistait sur « les méthodes commerciales qui ont fait le succès du franchiseur » et sur le fait que la franchise constitue « une manière d'exploiter financièrement, sans engager de capitaux propres, un ensemble

catégorie particulière de contrats de concession, à mi-chemin entre la distribution exclusive et sélective. Le présent chapitre s'articulera donc autour des instruments juridiques d'origine communautaire applicables à l'ensemble des contrats visés. Les anciens règlements d'exemption par catégories qui sont, d'ores et déjà ¹⁰⁶¹, ou seront abrogés ¹⁰⁶², ne cessent pas pour autant d'être intéressants. D'une part, il a été dit trop souvent qu'ils consistaient en une « matrice contractuelle » pour les ignorer totalement du seul fait qu'il ont cessé de s'appliquer à compter du 31 mai 2000. D'autre part, ces anciens règlements n'ont cessé de produire tous leurs effets que très récemment, puisque jusqu'au 31 décembre 2001, les accords qui étaient déjà en vigueur au 31 mai 2000 et qui remplissaient les conditions d'exemption à cette date, sont demeurés soumis à leurs dispositions ¹⁰⁶³.

Nous avons déjà vu que les règlements d'exemption par catégories constituent un puissant facteur d'unification, non pas tant des droits nationaux applicables aux contrats visés, mais des contrats eux-mêmes, exerçant donc sur ces derniers un modelage impératif ¹⁰⁶⁴. Il convient à présent de vérifier que la libre concurrence est un objectif qui passe non seulement par la protection de la concurrence elle-même mais aussi par celle de ses différents acteurs. Ce sera chose faite dès lors que l'on aura démontré que les règlements d'exemption par catégories, dont la vocation réside dans la régulation du marché, protègent en fait l'un des contractants par l'intermédiaire de la réglementation du régime (Section 1) mais aussi du contenu du contrat (Section 2).

Section 1

LA PROTECTION PAR LA RÉGLEMENTATION DU RÉGIME DES CONTRATS

517. Si les règles communautaires de concurrence peuvent être considérées comme constituant une intervention dans le domaine du droit des contrats, c'est qu'elles ne se contentent pas de régir le contenu matériel de ceux-ci. Le régime des contrats conclus entre

de connaissances » : CJCE, 28 janvier 1986, *Pronuptia de Paris GbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, aff 161/84, *Rec.* p. 353, point 15.

1061 - Règlements 1983/83, 1984/83 et 4087/88, précités.

1062 - Règlement 1475/95 de la Commission du 28 juin 1995 concernant l'application de l'article 85§3 du Traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles, *JOCE* du 29/06/1995, n° L-145, pp. 25-34 ; voir : annexe B de la thèse.

1063 - En ce qui concerne les contrats de spécialisation et de recherche et développement, les nouveaux règlements ne s'appliqueront aux accords déjà en vigueur au 31 décembre 2000 qu'à partir du 30 juin 2002.

1064 - Voir *supra* : §240 et s.

professionnels est, lui aussi, du moins dans les anciens règlements d'exemption, appréhendé par les autorités communautaires qui, à l'inégalité réelle entre contractants professionnels, ont essayé d'opposer une égalité formelle. En droit interne ¹⁰⁶⁵, comme international ¹⁰⁶⁶, la notion de « régime » d'un acte juridique désigne les modalités de conclusion, la durée et les conditions d'extinction de celui-ci. L'intervention du droit communautaire sur le régime du contrat a de quoi surprendre car, comme l'affirme le professeur Idot, une telle intervention ne relève pas, *a priori*, des objectifs d'une politique de concurrence ¹⁰⁶⁷. Pour être réelle une telle intervention n'en est pas moins très limitée : les textes communautaires ne viennent pas imposer des modalités de conclusion ¹⁰⁶⁸ ou d'interprétation des contrats et les contrats demeurent, sur ces points, soumis au droit national. Les règlements d'exemption se limitent à agir sur la durée, l'extinction des contrats ainsi que sur la résolution des litiges. La légitimité de la protection du distributeur est doublement fondée : à côté de la situation de dépendance bien connue vis-à-vis de son fournisseur, le distributeur se trouve aussi confronté à la précarité de son statut. Il s'agit donc d'établir que l'intervention du droit communautaire de la concurrence, sur le régime des contrats de distribution, comporte deux facettes : la protection contre la précarité (§1) et la protection contre la dépendance (§2).

§1 – LA PROTECTION CONTRE LA PRÉCARITÉ

518. Le règlement relatif à la distribution automobile demeure le seul texte intervenant autant sur le régime que sur le contenu des contrats. Il constitue sans doute l'illustration la plus nette de l'objectif de protection assigné au droit de la concurrence ; à ce titre il a suscité les plus vives critiques ¹⁰⁶⁹. Avec l'adoption en 1985 du premier règlement d'exemption concernant les

1065 - Le professeur Laurence Idot utilise précisément le terme de « régime » du contrat dans une étude consacrée aux contrats de distribution. Cette expression vise les questions de durée du contrat et de résolution des litiges. Voir : IDOT (L.), *La régulation communautaire des réseaux de distribution*, PA, 6 mars 1996, n° 29, p. 41.

1066 - Voir par exemple : VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Larcier, 2000, p. 375 et s.

1067 - IDOT (L.), *La régulation communautaire des réseaux de distribution*, PA, 6 mars 1996, n° 29, p. 41.

1068 - En droit français, les contrats de distribution ne sont pas plus encadrés : il s'agit de contrats consensuels, dont la preuve, comme pour tout contrat conclu entre commerçants, est libre. Pourtant, différents textes sont cependant intervenus pour assurer un minimum de garanties : l'ordonnance du 1^{er} octobre 1986 qui impose la communication des conditions de vente à tout revendeur ; la loi Doubin, impose une obligation d'information pré-contractuelle aux concédants. Loi 89-1008 du 31 décembre 1989, relative au développement des entreprises commerciales et artisanales, (devenue article L-330-3 du nouveau Code de commerce), JCP, 1990, III, n° 63449.

1069 - La plus virulente mais aussi la mieux argumentée : JEANTET (F.-C.) KOVAR (R.), Les accords de distribution et de service des véhicules automobiles et l'article 85 du Traité CEE – Etude du Projet de règlement de la Commission des Communautés européennes, RTDE, 1983, pp. 547-573. La Commission européenne, quant à elle, a dressé un bilan « négatif » de l'application de ce règlement, évoquant l'effet dit « de corset » de ses dispositions : Communication aux termes de l'article 5 du règlement n° 19/65 du Conseil du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 81§3 du Traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées, annexe 1, JOCE du 16/03/2002, n° C-67, p. 24.

contrats de distribution automobile¹⁰⁷⁰, les autorités communautaires ont entendu accorder à ce secteur un statut particulier. C'est en 1980, que la Commission européenne a annoncé, pour la première fois, son intention d'adopter un règlement d'exemption concernant ce secteur¹⁰⁷¹. Les raisons avancées pour justifier de ce traitement d'exception étaient variées. L'importance du secteur automobile dans l'économie européenne¹⁰⁷², tout d'abord, le commerce des automobiles neuves étant considéré comme la deuxième principale dépense des ménages¹⁰⁷³. Ensuite, la spécificité des produits en cause : les véhicules automobiles sont des biens meubles de consommation durables qui requièrent des entretiens et des réparations spécialisés¹⁰⁷⁴. Enfin et surtout, des différences de prix, parfois considérables, avaient été constatées pour un même modèle entre certains Etats membres¹⁰⁷⁵. Constatant que « le principal facteur explicatif de la formation des prix sur le marché européen est la situation concurrentielle »¹⁰⁷⁶, la Commission estimait qu'une amélioration de la concurrence *intra-brand* devait permettre une meilleure structure des prix dans la Communauté. L'idée d'un règlement d'exemption paraissant être la solution la plus appropriée, la Commission a adopté, en 1984, le tout premier règlement concernant l'application de l'article 85-3 (devenu 81-3) à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles¹⁰⁷⁷. La révision de texte en 1995 a confirmé la spécificité des accords de distribution automobile. Il a souvent été affirmé que le règlement 1475/95 entraînait une standardisation des contrats de concession automobile. Le vocabulaire a pu varier, de la théorie du « prêt-à-porter » à la notion de contrat-type, mais l'idée est demeurée que le droit communautaire de la concurrence a fait une intrusion musclée dans le droit des contrats¹⁰⁷⁸. Une telle affirmation n'est pas

1070 - Règlement 123/85 de la Commission du 12 décembre 1984 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité CEE à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles, *JOCE* du 18/01/1985 n° L-15 du pp. 16-24.

1071 - Commission européenne, X^{ème} rapport sur la politique de concurrence, OPOCE, Luxembourg, 1980, n°5. Le projet devait s'inspirer de la décision rendue par l'autorité communautaire, dans l'affaire BMW, selon laquelle, moyennant quelques adaptations, les accords de distribution sélective pouvaient être compatibles avec les conditions de l'article 85§3 du Traité. Décision de la Commission du 13 décembre 1974, *Bayarische Motoren Werke AG*, *JOCE* du 03/02/1975, n° L-29, p. 1 ; ou : *RTDE*, 1976, pp. 148-161.

1072 - Dans son ensemble le système automobile européen est constitué de plus de 120000 entreprises qui emploient 3900000 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel s'élève à environ 400 milliards d'Euros. Avis du Comité économique et social sur le "Rapport sur l'évaluation de la distribution et des services de vente et d'après-vente de véhicules automobiles conformément au règlement n°1475/95", 2001/C221/23, *JOCE* du 07/08/2001, n° C-221, p. 141.

1073 - Comme le souligne le Comité économique et social, l'automobile représente pour beaucoup d'européens 13 à 15% du budget familial, avis précité, p. 141.

1074 - Selon l'expression employée par la DG IV *Concurrence*, dans son XXV^{ème} Rapport sur la politique de concurrence, OPOCE, Luxembourg, 1995, n° 31.

1075 - La Commission européenne a constaté en novembre 1994, dans une étude consacrée aux prix des voitures, que les écarts de prix s'étaient accrus de façon spectaculaire. Communiqué de presse de la Commission, IP/95/50.

1076 - XII^{ème} rapport sur la politique de concurrence, OPOCE, Luxembourg, 1982, n° 238-239.

1077 - Règlement 123/85, du 12 décembre 1984, *JOCE* du 18/01/1985, n° L-15, pp. 16-25.

1078 - C'est par exemple l'avis de Jean Léonnet, Conseiller à la Cour de cassation, qui affirme qu'à travers ce texte, les autorités bruxelloises ont fait un « essai de réglementation des contrats au niveau européen et international » : Coup de projecteur sur un règlement d'exemption : la distribution automobile au regard du règlement 1475/95, Table ronde, publiée au *JCP*, 1997, supp. *Cahiers du droit de l'entreprise*, p. 36.

contestable si l'on considère que le texte instaure une durée minimale des contrats de distribution automobile (I) et encadre l'extinction de ceux-ci (II).

I – L'instauration d'une durée minimale des contrats de distribution automobile

519. Le principe des contrats de distribution repose sur la spécialisation du distributeur qui permet à celui-ci de commercialiser au mieux les produits contractuels. Cette spécialisation suppose des investissements lourds financièrement. L'importance des frais engagés ainsi que les difficultés liées à la reconversion placent le distributeur dans une situation particulièrement difficile, lorsque la relation prend fin de manière brutale. Or, au nom de la liberté contractuelle, le droit français, exception faite de la prohibition des engagements perpétuels, laisse les parties libres de déterminer, par leur commune volonté, la durée de leurs engagements respectifs. La durée est, selon l'expression fort imagée d'un auteur, « une quatrième dimension à constituer, le milieu dans lequel il faut plonger les objets pour les voir s'animer »¹⁰⁷⁹. Elle constitue une donnée que les contractants ont à subir mais dont ils peuvent également se servir et s'avère donc être une arme aux mains de la partie forte aux dépens de la partie faible au contrat¹⁰⁸⁰, au même titre que les modalités d'extinction de ceux-ci. La précarité dans laquelle est placé le distributeur est particulièrement prise en considération par les dispositions du règlement 1475/95 relatif à la distribution des véhicules automobiles. dérogeant à la règle, en vertu de laquelle les contractants, même engagés dans une relation professionnelle, ne sont pas tenus de poursuivre cette relation¹⁰⁸¹, ce règlement consacre une durée minimale impérative du contrat et encadre les conditions d'extinction de ce dernier. On peut donc affirmer, en reprenant les propos du doyen Mestre, que le droit communautaire de la concurrence est venu « tendre la main » au droit des obligations pour rendre efficient un juste équilibre des relations contractuelles¹⁰⁸².

520. *C'est par la fixation d'une durée minimum du contrat, que le règlement cherche à atteindre l'objectif clairement exprimé¹⁰⁸³ de permettre au distributeur d'amortir les investissements engagés. Avant la première intervention communautaire, la durée moyenne des contrats de concession automobile était d'un an¹⁰⁸⁴, alors qu'en vertu du règlement, pour bénéficier de l'exemption, le contrat doit être conclu pour une durée minimale de cinq ans ou à défaut avec un délai de résiliation*

1079 - HEBRAUD (P.) cité par BRIMO (A.), Réflexion sur le temps dans la théorie générale du droit et l'Etat, in : *Mélanges P.Hébraud*, 1981, p. 163.

1080 - Voir en ce sens : LITTRY (O.), *Inégalité des parties et durée du contrat, étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, Paris, 1999, 484 p.

1081 - MESTRE (J.), Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution, in : *La cessation des relations contractuelles d'affaire*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence, des 30 et 31 mai 1996, PUAM, 1997, p. 15.

1082 - *Ibid*, p. 24.

1083 - Point 19 du préambule du règlement 1475/95.

1084 - L'usage était lié, selon L. Vogel, à l'annualité du salon de l'automobile. VOGEL (L.), La réglementation européenne de la distribution automobile : droit de la concurrence ou droit des contrats ?, in : *La dimension communautaire : vers un régime commun du contrat de distribution ?*, JCP, supp. *Cahiers du dr. de l'ent.*, 1997, p. 35.

*ordinaire pour un contrat à durée indéterminée qui soit d'au moins deux ans*¹⁰⁸⁵. Il s'agit ici d'une des modifications majeures opérées par le règlement 1475/95, puisque l'ancien règlement avait fixé la durée minimale du contrat à quatre ans et imposait le délai d'un an pour la résiliation, ce qui a apparemment été perçu comme une protection insuffisante des intérêts du distributeur. En vertu l'article 4-1 du règlement, le bénéfice de cette disposition est subordonné à l'obligation, pour le distributeur, d'assumer un certain nombre d'obligations. Il s'agit en fait d'obligations généralement assumées par le distributeur, puisque destinées à assurer les conditions d'une commercialisation optimale : installations techniques, formation spécialisée du personnel, publicité etc... Cette disposition, en établissant un lien entre la durée minimale du contrat et la référence aux investissements engagés par le distributeur dans l'intérêt de la concession, semble vouloir justifier la protection du distributeur au regard de sa situation économique. Une réflexion faite par le professeur Huet, à propos de ces prescriptions communautaires, peut, dans ces conditions, faire figure d'euphémisme. Ayant analysé les règles relatives à la durée des contrats de distribution, il affirme en effet : « On peut se demander si la préoccupation de protection du contractant le plus faible ne prédomine pas dans ces dispositions et somme toute, si elles sont vraiment justifiées par un souci d'assurer le meilleur fonctionnement possible de la concurrence »¹⁰⁸⁶. Les règles communautaires encadrant la durée des contrats viennent sans doute introduire une certaine rigidité contraire à la dynamique de la concurrence, mais elles viennent aussi prévenir les risques de rupture abusive, notamment dans les cas où le distributeur n'aurait pas rempli les objectifs de vente qui lui sont assignés. La même remarque peut être formulée concernant les modalités d'extinction du contrat.

II - L'encadrement de l'extinction des contrats

521. Les modalités d'extinction d'un contrat constituent l'un des points sensibles de l'équilibre contractuel. L'hypothèse selon laquelle le concédant peut mettre fin, sans condition, au contrat qui le lie au concessionnaire, se révèle particulièrement dangereuse au regard des nombreux investissements que ce dernier a dû engager tout au long de l'exécution du contrat. Afin de protéger le distributeur contre une telle précarité, l'extinction du contrat est doublement encadrée par le droit communautaire. Non seulement une obligation de préavis est instaurée (A) mais encore les conditions de résiliation extraordinaire sont strictement définies (B).

A – L'instauration d'un préavis

522. L'instauration d'un préavis dans un contrat à durée indéterminée est une solution classique du droit national reprise par le droit communautaire de la concurrence (1). Mais celui-ci va plus loin dans la protection du contractant en position précaire : il prévoit une obligation de préavis pour les contrats conclus pour une durée déterminée (2), ce qui constitue une solution, pour le moins, originale.

1085 - Article 5-2-2 du règlement 1475/95, qui prévoit que le délai de résiliation peut être réduit à un an dans les cas spécifiques suivant : - lorsque le fournisseur est tenu de verser une indemnité de rupture - lorsqu'il s'agit pour le distributeur de son entrée dans le réseau, de la première durée convenue de l'accord ou de la première possibilité de résiliation ordinaire.

1086 - HUET (J.), Les sources communautaires du droit des contrats, *PA.*, 21/03/97, n° 35, p. 12.

1 - Dans les contrats à durée indéterminée

523. Selon le droit commun, un contrat à durée indéterminée peut être rompu, à tout moment, par chacune des parties. Cette règle n'est pas remise en cause par le règlement concernant la distribution automobile, qui instaure cependant une obligation de préavis de rupture, ce qui se situe en fait parfaitement dans la logique du droit commun des contrats à durée indéterminée¹⁰⁸⁷. Le préavis, qui peut se définir comme le « laps de temps qui s'écoule entre la notification du congédiement et la cessation des effets du contrat »¹⁰⁸⁸, constitue traditionnellement un instrument de protection de la partie faible au contrat.

524. Pour être réellement protecteur, le préavis doit être donné à une échéance suffisamment longue, afin de permettre à l'autre partie de faire face à cette nouvelle situation. Contrairement au droit français qui laisse aux parties contractantes le soin de fixer la durée du préavis qu'elles entendent s'appliquer¹⁰⁸⁹, le législateur communautaire ne se contente pas de prévoir le principe du préavis, mais détermine aussi la durée minimale de celui-ci. L'article 5-2-2 indique effectivement que, lorsque les parties n'ont pas prévu de durée minimale, le délai de résiliation, pour chacune d'entre-elles, doit être d'au moins deux ans¹⁰⁹⁰. En conséquence, le préavis permet de contribuer à la prolongation du lien contractuel et donc à sa stabilité. Ce délai peut toutefois être ramené à un an dans deux hypothèses : la première est celle où le fournisseur est tenu au paiement d'une indemnité en vertu de la loi ou d'une convention particulière, la seconde celle où le distributeur en cause est un nouvel entrant dans le réseau concerné. Cette dernière exception a pour but de permettre au fournisseur de rompre facilement un contrat avec un distributeur qui ne remplit manifestement pas ses obligations. La fixation d'un préavis de deux ans permet indirectement au législateur communautaire d'instaurer une durée minimale pour des contrats qui, à l'origine, sont conclus pour une durée indéterminée.

2 - Dans les contrats à durée déterminée

525. En principe, dans un contrat à durée déterminée, aucun congé, aucun préavis ne peuvent être requis. La survenance du terme donne en effet aux deux parties un choix : celui de renouveler ou non leur engagement. Le principe de la liberté contractuelle implique qu'il ne peut y avoir faute à refuser de contracter. La possibilité de non-renouvellement constitue

1087 - La jurisprudence française estime que, même en l'absence de stipulation contractuelle, un délai normal de préavis doit être respecté avant de rompre un contrat de distribution à durée indéterminée : CA, Paris, 14 février 1962, *D.*, 1962, p. 514.

1088 - CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 657.

1089 - Il doit s'agir d'un délai qui permette au distributeur de préparer sa « reconversion » et varie de trois à six mois : MESTRE (J.), *Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution*, *op. cit.*, p. 15.

1090 - L'ancien règlement 123/85 prévoyait un préavis d'une durée d'un an.

l'essence du contrat à durée déterminée. De nombreux tempéraments ont pourtant été apportés à ce principe par la jurisprudence française, en faveur de la partie faible au contrat ¹⁰⁹¹. Différents moyens ont été employés dans ce but. Ainsi le non-renouvellement a pu parfois être considéré comme abusif et, à ce titre, être condamné ¹⁰⁹². Dans le cas du contrat de bail, c'est par l'obligation faite au bailleur de respecter les causes légales de non-renouvellement que la protection est assurée ¹⁰⁹³. Bien que dans les contrats à durée déterminée, l'incertitude est réduite, puisque d'avance, les parties se sont mises d'accord sur le terme de leur engagement, le législateur communautaire a, quant à lui, estimé nécessaire de prévoir un préavis de non-reconduction. L'idée qui préside à cette protection est que le non-renouvellement s'apparente à la faculté unilatérale de résiliation des contrats à durée indéterminée ¹⁰⁹⁴. Le droit communautaire de la concurrence a repris ce principe à son compte pour les contrats de distribution automobile en instaurant une obligation de préavis dans les contrats à durée déterminée. Si une telle prescription peut surprendre, il faut aussi prendre en considération le cas d'un contrat de distribution automobile qui, ayant été renouvelé à de nombreuses reprises, a pu entraîner, pour le distributeur, une attente légitime de reconduction ¹⁰⁹⁵. Si le droit français de la concurrence considère le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée comme un droit appartenant à chacune des parties ¹⁰⁹⁶, la jurisprudence a pu de façon exceptionnelle prendre en considération un tel raisonnement, en prenant en référence l'attitude d'un contractant correct qui ne manque pas de respecter un tel préavis ¹⁰⁹⁷.

526. L'originalité du traitement de la question du préavis par le droit communautaire réside dans le fait que celui-ci ne se contente pas d'en imposer le principe, mais qu'il en fixe aussi impérativement la durée. Une telle intervention n'est pas prévu en droit interne, puisque même dans les cas où une obligation de préavis a été instaurée, le législateur a entendu que la liberté contractuelle des parties devait ici reprendre ses droits ¹⁰⁹⁸. Le règlement 1475/95, ignore ce genre de considérations et, à l'instar de ce qu'il prévoit pour les contrats à durée indéterminée, fixe la durée minimale de ce préavis. Ainsi, chacune des parties est tenue d'informer l'autre,

1091 - Voir sur ce point : LITTY (O.), *Inégalité des parties et durée du contrat – Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, Paris, 1999, pp. 270-283.

1092 - FAGES (B.) MESTRE (J.), Bon exemple d'un exercice abusif du droit de ne pas renouveler une relation contractuelle arrivée à terme, et brève réflexion sur les modalités de sa sanction, *RTDCiv*, 2001, 1, chron., pp. 137-140.

1093 - Article 15-I, alinéa 1, de la loi du 6 juillet 1989. A l'expiration du bail, le congé peut valablement être justifié par la reprise du logement par le bailleur ou sa famille, la vente du logement ou des motifs légitimes et sérieux consécutifs à l'inexécution par le preneur d'une de ses obligations. Voir : ANTONMATTEI (P.-H.) RAYNARD (J.), *Droit civil – Contrats spéciaux*, Litec, Paris, 3^{ème} éd., 2002, p. 291.

1094 - SARAMITO (F.), Le contrat de travail à durée déterminée, *Droit ouvrier*, 1966, p. 232.

1095 - BEHAR-TOUCHAIS (M.) VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, n°346.

1096 - *Ibid*, n°336.

1097 - Voir par exemple: CA, Paris, 12 novembre 1962, *D.*, 1963, p. 25. Voir : FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, op. cit., p. 276. En sens contraire : Cass. Com., 4 janvier 1994, *Bull. civ.*, IV, n°13, *RTDCiv.*, 1994, p. 353.

1098 - A défaut de stipulation contractuelle, les parties devront respecter un délai « raisonnable », compte tenu des relations contractuelles antérieures et des usages de la profession. GAUTIER (P.-Y.), *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Cujas, Paris, 1999, n° 834.

au moins six mois avant l'arrivée du terme du contrat, de son intention de ne pas renouveler celui-ci ¹⁰⁹⁹. Cette prescription a pour but d'empêcher que la fin de la relation contractuelle survienne à une échéance si brève qu'elle ne permettrait pas au distributeur, qui pendant des années s'est consacré à la distribution de certains produits spécifiques, d'envisager sa reconversion.

B – L'encadrement de la résiliation extraordinaire

527. Ayant prévu le principe du respect d'un préavis, de résiliation et de non-renouvellement, le droit communautaire ne pouvait éviter d'encadrer les cas de résiliation extraordinaire. Une réglementation stricte des conditions normales de rupture ou de non-renouvellement des contrats entraîne effectivement le risque d'augmenter sensiblement les tentatives de résiliation extraordinaire. Le règlement 123/85 se contentait de préciser que les conditions relatives à la durée des contrats de distribution automobile ne préjugent en rien du droit d'une partie d'exercer la résiliation extraordinaire du contrat ¹¹⁰⁰, ce qui avait permis à la jurisprudence française d'en déduire que le juge n'avait pas à contrôler les clauses de résiliation pour manquement aux obligations contractuelles ¹¹⁰¹. L'article 5-3 du règlement 1475/95 prévoit d'abord la possibilité de ramener le délai de préavis à un an en cas de nécessité de réorganiser le réseau. Le but de cette disposition est d'éviter que le fournisseur ne se serve d'un prétexte pour mettre fin brutalement à la relation qui le lie avec l'un de ses fournisseurs. Mais cette dispositions prévoit aussi la possibilité d'une résiliation sans préavis dans le cas où une partie a manqué à l'une de ses obligations essentielles. Selon le droit commun français, le droit à résiliation anticipée est prévu dans le cas d'inexécution fautive de l'une des obligations contractuelles, sans qu'il soit précisé quel type d'obligation peut justifier une telle attitude. Le droit communautaire limite expressément cette possibilité aux obligations « essentielles » du contrat. La pratique des clauses résolutoires, qui peuvent prévoir une résiliation immédiate dans le cas d'un quelconque manquement aux obligations contractuelles, se trouve ainsi condamnée.

528. La protection des distributeurs contre la précrité semble avoir gouverné la rédaction des dispositions du règlement 1475/95. D'ailleurs, la Commission européenne, dans son rapport d'évaluation de l'application du règlement, a expressément affirmé que les dispositions relatives au délai du contrat de distribution automobile et à la résiliation de celui-ci avaient été adoptées « afin d'assurer aux distributeurs la sécurité juridique au niveau de leurs relations contractuelles avec les constructeurs automobiles, de mieux protéger les investissements des distributeurs et de leur accorder un délai raisonnable pour modifier leur activité

1099 - Article 5-2-3 du règlement 1475/95, une durée identique était prévue par le règlement 123/85.

1100 - Article 5-4 du règlement 123/85, précité.

1101 - CA, Paris, 23 avril 1990, *Nantes Sud Auto, D.*, 1990, IR, p. 142.

commerciale »¹¹⁰². Mais la précarité n'est pas le seul risque contre lequel doivent être prémunis les distributeurs.

§2 - La protection contre une dépendance excessive

529. A côté de la précarité, la dépendance constitue le risque principal que prend un distributeur en s'engageant dans un contrat de distribution. Indiquant que « les distributeurs sont les partenaires les plus faibles d'un accord de distribution et de service de vente et d'après vente, et sont économiquement totalement tributaires des constructeurs automobiles »¹¹⁰³ la Commission affirme dans son rapport sur l'application du règlement 1475/95 que l'objectif poursuivi par les dispositions relatives au régime du contrat est « de donner aux distributeurs une plus grande liberté d'action dans l'exercice de leur activité économique et de protéger leur indépendance commerciale ». La liberté du distributeur est entravée lorsque le lien contractuel a une durée excessive, mais aussi lorsque le fournisseur possède une maîtrise totale de la résolution des litiges qui peuvent résulter de l'application du contrat. L'intervention communautaire vise donc à encadrer la durée du contrat (A) et la résolution des litiges (B).

I – L'encadrement de la durée des contrats

530. En raison des changements importants réalisés par la réforme de la politique communautaire d'exemptions catégorielles, il convient de distinguer entre les dispositions des anciens règlements (A) et celles du règlement 2790/1999 (B).

A – Par les anciens règlements

531. De manière générale, tout contrat dont la durée est manifestement trop longue, limite de façon excessive la liberté des parties. En matière de contrats de distribution, le risque est encore plus grand. L'exclusivité de distribution ou d'achat, à laquelle est tenu le distributeur, contribue à son isolement : privé de tout contact avec des fournisseurs concurrents ou avec une certaine clientèle, le distributeur est rendu parfaitement dépendant de son cocontractant. De fait, la réalité de cette dépendance est proportionnelle à la durée du contrat conclu. C'est pourquoi, le droit français, bien avant l'adoption de la directive, avait décidé de limiter à dix ans la durée de l'obligation d'approvisionnement exclusif¹¹⁰⁴. Comme il protège le distributeur contre la précarité en instaurant une durée minimale du contrat, le législateur communautaire protège ce dernier dans les cas où sa dépendance pourrait s'avérer excessive

1102 - Page 87 du rapport de la Commission sur l'évaluation du règlement 1475/95 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles, COM(2000) 743 final, du 8 novembre 2000.

1103 - Rapport précité, p. 101.

1104 - Loi du 14 octobre 1943, relative à la clause d'exclusivité, articles L-330-1 et 2 du nouveau Code de commerce.

en imposant une durée maximale. L'article 3-d du règlement « achat exclusif »¹¹⁰⁵ prévoit ainsi que l'exemption n'est pas applicable si l'accord est conclu pour une durée supérieure à cinq ans ou pour une durée indéterminée. Ce n'est donc pas la durée de l'accord qui est ici concernée mais seulement la durée de la clause d'approvisionnement exclusif. Le professeur Poillot-Peruzzetto affirme, pour cela, que lors de la rédaction du contrat, les parties devront penser à prévoir une clause sur la durée de l'exclusivité : à défaut c'est la durée de l'accord qui la déterminera¹¹⁰⁶. Il faut noter sur ce point une précision jurisprudentielle d'importance. Selon la jurisprudence de la Cour et du Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, dans la célèbre affaire dite des « barres glacées »¹¹⁰⁷, les contrats à durée déterminée contenant une clause de tacite reconduction doivent être considérés comme des contrats à durée indéterminée. Le raisonnement des juridictions communautaires est le suivant : la reconduction est tacite tant que l'une des deux parties ne décide pas de résilier le contrat. La durée de ce dernier dépend donc de l'initiative de l'une des parties de le résilier ou non. En conséquence, il s'agit d'une durée incertaine, qui entraîne la qualification de contrat à durée indéterminée. Un tel raisonnement est critiquable au regard du droit des obligations, car « le mécanisme de tacite reconduction donne naissance à un nouveau contrat »¹¹⁰⁸. Le raisonnement, aussi contestable qu'il soit, ne laisse planer aucun doute quant aux objectifs des juridictions européennes : une telle jurisprudence a pour but de protéger le distributeur contre une situation qui entraînerait une dépendance excessive vis-à-vis de son fournisseur, en dépit de l'objectif de concurrence clairement affiché.

532. Les contrats de bière et de station-service nécessitent des investissements matériels plus importants que la plupart des autres contrats d'achat exclusif. On pense ici aux infrastructures liées à la distribution de carburant et, dans une moindre mesure, aux investissements liés à la commercialisation de bières à la pression. Un aménagement des dispositions relatives à la durée des contrats d'achat exclusif est donc prévu dans ces différents cas. Ainsi, lorsque l'obligation d'achat exclusif porte sur certaines bières et certaines autres boissons, la durée du contrat ne peut excéder cinq ans¹¹⁰⁹, ce qui correspond à la règle générale des contrats d'achat exclusif et qui se justifie au regard de l'étendue de l'exclusivité accordée au fournisseur. En revanche, lorsque l'exclusivité porte sur des carburants ou est concentrée uniquement sur certaines bières, la durée maximale du contrat est fixée à dix ans¹¹¹⁰. Cette distinction introduite dans la réglementation de la durée du contrat illustre parfaitement la difficulté de concilier l'indépendance du distributeur et la protection de ses intérêts financiers.

1105 - Règlement 1984/83, déjà cité.

1106 - POILLOT-PERUZZETTO (S.), LUBY (M.), *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Dalloz, Paris, 1998, p. 309.

1107 - TPICE, ordonnance du 08/06/1995, *Langnese*, aff n° T-7/93, *Rec. II*, p. 131, confirmé par CJCE, 1^{er} octobre 1998, *Langnese Iglo*, aff n° 279/95, *Rec. p.* 5609, et TPICE, 8 juin 1995, *Schöller*, aff n° T-9/93, *Rec. II*, p. 1611.

1108 - FERRIER (D.), *Distribution exclusive*, *Répertoire communautaire*, Dalloz, Vol 1, n° 60.

1109 - Article 8-1-c du règlement 1984/83.

1110 - Article 8-1-d et article 12-1-c du règlement 1984/83.

L'encadrement de la durée des contrats constitue l'un des points sur lesquels la réforme des règlements d'exemption par catégories a pris toute son importance. Sur ce point, les dispositions du règlement 2790/1999 ne peuvent pas être rapprochées de celles contenues dans les anciens règlements.

B – Par le règlement 2790/1999

533. Le règlement unique 2790/1999 applicable à toutes les catégories d'accords verticaux, ne reprend pas les dispositions de ses prédécesseurs sur la durée du lien contractuel. Il semble que, désormais, les parties aux contrats de distribution seront parfaitement libres de déterminer la durée des contrats qu'elles désirent signer. Cette différence importante entre les anciennes et les nouvelles dispositions peut faire croire que, désirant tirer les conséquences des reproches qui avaient été faits au sujet de son intervention dans le domaine du régime des contrats de distribution, la Commission européenne a décidé de préserver la liberté contractuelle au détriment de la protection contre la dépendance du distributeur. Or, il semble simplement que la Commission européenne ait choisi d'atteindre ce but d'une manière différente. Elle ne fixe plus, de manière impérative, une durée maximale des contrats, mais en contrepartie encadre strictement la durée de l'obligation d'achat exclusif¹¹¹¹. Le souci de garantir l'indépendance des distributeurs n'a donc pas quitté l'esprit de la Commission européenne qui préfère cependant maintenir une apparence de liberté contractuelle. Le changement est donc surtout d'ordre symbolique. L'encadrement de la résolution des litiges issus de l'application des contrats de distribution a-t-il subi, le changement de cap annoncé de la politique de concurrence ?

II– L'encadrement de la résolution des litiges

534. L'objectif de protection du distributeur ne se manifeste pas seulement par la réglementation de la durée du contrat, mais aussi de façon plus originale par le biais d'une intervention du législateur communautaire dans le domaine de la résolution des litiges nés de l'exécution de celui-ci. La maîtrise que peut détenir le fournisseur ou le constructeur sur la résolution des litiges qui l'opposent à l'un de ses distributeurs, contribue de façon significative à amoindrir l'indépendance de ce dernier. Lorsqu'il est soumis à la toute puissance de son cocontractant jusque dans le règlement de leurs litiges communs, le distributeur mérite bien la qualification de « partie faible au contrat ». Les dispositions d'origine communautaire applicables aux contrats de distribution cherchent à lutter contre ce déséquilibre contractuel en encadrant les procédures de résolution des litiges. C'est le cas pour les contrats de concession automobile (A) et les contrats dits « de bière » (B), du moins avant la réforme de 1999.

1111 - Voir *infra*, §562.

535. L'un des apports du règlement 1475/95, consiste dans le fait que, contrairement à son prédécesseur, celui-ci prévoit le recours à l'arbitrage d'un tiers-expert en cas de désaccord entre les parties concernant plusieurs questions.

536. Tout d'abord, en vertu des usages du secteur et des dispositions communautaires, le concessionnaire peut être tenu de réaliser un certain niveau de vente par an. La fixation rationnelle de ces objectifs annuels constitue donc un des éléments essentiels de l'équilibre contractuel. Alors que le règlement 123/85 accordait le dernier mot au constructeur lorsqu'un conflit apparaissait sur la fixation des objectifs *minima* de vente annuels, le règlement 1475/95 prévoit le recours à un tiers-expert dans une telle situation ¹¹¹². Toute personne qualifiée peut être envisagée pour remplir ce rôle, pourvu que des garanties suffisantes soient remplies. Ce système, qui fonctionne depuis longtemps aux Etats-Unis, est sans doute une concession faite par la Commission aux différents lobbies de distributeurs afin d'éviter que les constructeurs soient tentés de profiter de façon abusive de leur pouvoir contractuel en cas de litige ¹¹¹³. Il ressort, par ailleurs, du rapport d'évaluation sur l'application du règlement 1475/95, que le droit dont disposent les distributeurs de demander l'intervention d'un tiers-expert dans cette hypothèse a eu un effet positif indirect : les constructeurs prennent maintenant plus volontiers en compte la position du distributeur lors de leur fixation des objectifs de vente annuels, du coup, le recours au tiers-expert ne s'avère nécessaire que dans un nombre très limité de cas. Selon la Commission, la simple mention de cette possibilité dans le contrat ainsi que la volonté affichée par le distributeur de l'utiliser entraînent généralement l'établissement d'un dialogue constructif. Le droit de recourir au tiers-expert peut, à cet égard, être considéré comme une mesure de protection préventive efficace.

537. C'est dans le même esprit que le recours à un tiers est aussi prévu concernant certaines hypothèses de résiliation extraordinaire. Il s'agit de permettre un règlement rapide des litiges susceptibles de survenir lorsque le fournisseur utilise la faculté de résilier le contrat avec un préavis de moins d'un an, dans l'hypothèse d'une réorganisation du réseau, ou encore lorsque l'une des parties exerce son droit de résiliation extraordinaire, en raison d'un manquement de l'autre partie à l'une de ses obligations essentielles. Le recours au tiers-expert ne préjuge pas du droit d'une partie de saisir le tribunal compétent. D'ailleurs, comme l'affirme le professeur Louis Vogel, le règlement n'impose pas le recours au tiers. Mais il procède par une voie « détournée » et en même temps classique dans un règlement d'exemption, en indiquant que la présente clause ne fait pas obstacle à l'exemption, ce qui conduit les parties à l'inclure, dans leur contrat, de peur qu'il ne contienne une clause différente qui, elle, pourra entraîner la perte

¹¹¹² - Article 4-1-3 du règlement 1475/95.

¹¹¹³ - COUMES (J.-M.), Le nouveau règlement d'exemption par catégorie dans le secteur de la distribution automobile, *RMCUE*, 1996, n° 400, p. 497.

de l'exemption. Il est évident que ces nouvelles dispositions qui ne figuraient pas dans le règlement 123/75 entendent rééquilibrer la relation contractuelle en faveur du distributeur¹¹¹⁴, puisque les problèmes qui auparavant étaient tranchés par le seul fournisseur, le sont de manière objective par un tiers-expert. Un tel principe semble être encore le résultat d'une concession de la Commission aux lobbies des distributeurs du secteur, et fait partie des aspects favorables relevés par la Commission dans son rapport d'évaluation sur l'application du règlement 1475/95. Ce document souligne les rigidités qui peuvent résulter de la fixation entre constructeurs et distributeurs d'objectifs de vente, tout en soulignant que ce point a été réglé de façon correcte par la possibilité du recours au tiers-expert¹¹¹⁵.

B – Dans les contrats dits « de bière »

538. Le même type de recours était aussi prévu concernant les contrats dits « de bière », non pas par le règlement 1984/83 lui-même, mais par la communication de la Commission relative aux règlements 1983/83 et 1984/83¹¹¹⁶. Dans ce texte consacré aux dispositions des règlements relatifs aux accords d'achat et de distribution exclusive, la Commission européenne évoque l'hypothèse dans laquelle les parties contractantes rencontreraient un conflit concernant la notion de bière de même type. En vertu de l'article 7-2 du règlement 1984/83 doivent être considérées comme bières et boissons de types différents celles qui se « distinguent nettement par leur composition, leur aspect ou leur goût » sachant que les appellations en usage dans le commerce peuvent servir de référence afin d'apprécier cette différence. Le point 50 de la communication prévoit que, face à un désaccord sur ce point, les parties peuvent faire appel à un expert désigné, d'un commun accord, pour trancher la question¹¹¹⁷. Le mécanisme s'apparente à celui qui figure dans le règlement relatif à la distribution automobile mais s'en distingue nettement de par sa valeur purement facultative. Le recours au tiers-expert, dans ce cas précis, s'apparente d'avantage à une simple possibilité, prévue par le droit communautaire, afin de guider les contractants dans la voie d'une résolution satisfaisante de leurs litiges communs.

539. Depuis le 1^{er} janvier 2000, le règlement 1984/83 n'est plus en vigueur ; et depuis le 31 décembre 2001, il ne s'applique même plus aux accords antérieurs à la réforme et qui lui étaient conformes. Le 2790/1999 qui le remplace, ne réserve aux contrats de bière et de station-service aucun statut particulier, revenant ainsi sur la spécificité qui était reconnue à ce type de contrats. Or, dans le nouveau règlement, le recours au tiers-expert n'est pas envisagé. Celui-ci ne semble plus devoir intervenir, conformément aux dispositions communautaires, qu'en ce qui concerne les accords de distribution automobile.

1114 - *Ibid*, p. 497.

1115 - Rapport précité, p. 93.

1116 - Communication de la Commission, 84/C 101/02, *JOCE* du 13/04/1984, n° C-101, pp. 2-10.

1117 - Point 50 de la Communication 84/C 101/02, précitée.

540. La protection du professionnel en position de faiblesse, par le biais d'un statut communautaire du lien contractuel, semble donc aujourd'hui se réduire au domaine de la distribution automobile. Or, en vigueur jusqu'au 30 septembre 2002, le règlement devait faire l'objet d'un rapport d'évaluation avant le 30 décembre 2000¹¹¹⁸. Et à propos du rapport d'évaluation rendu par la Commission, certains ont pu parler d'un « exercice de démolition »¹¹¹⁹ du règlement de 1995. Examinant les dispositions du règlement qui « se proposent de protéger les distributeurs contre les constructeurs automobiles et de leur donner la possibilité de prendre des décisions autonomes »¹¹²⁰, la Commission dresse un bilan pour le moins mitigé ; elle constate que ces dispositions n'ont pas réellement renforcé l'indépendance des distributeurs. Malgré les dispositions obligeant les constructeurs à conclure des contrats pour une durée indéterminée, ou pour une durée de cinq ans, résiliables moyennant un préavis de deux ans, de nombreuses hypothèses de résiliation extraordinaire ont pu être dénombrées. Les distributeurs et leurs associations continuent à affirmer leur dépendance en invoquant principalement l'absence d'obligation de motivation de la résiliation moyennant un préavis de deux ans. En conclusion, la Commission réaffirme que l'objectif de protection a présidé à la rédaction de nombreuses dispositions du règlement mais qu'un tel objectif n'a été atteint que dans une mesure limitée¹¹²¹, même si certaines dispositions, en particulier celles relative au préavis ou au recours à l'arbitrage, ont produit quelque effet. Le discours du Commissaire à la concurrence Mario Monti¹¹²² traduit, à peu de chose près, le même constat pessimiste. Il est plus intéressant encore de noter que la Commission a affirmé dans son rapport que « la protection des intérêts financiers des parties à un contrat ne relève généralement pas des règles de concurrence. S'il y a lieu, la législation nationale peut protéger ces intérêts »¹¹²³ semblant ainsi revenir sur le principe même de la protection du distributeur par le droit communautaire. Il semble que les interventions du législateur communautaire dans le régime des contrats de distribution se justifient difficilement par le souci d'assurer une meilleure concurrence sur le marché européen. Au contraire, il est possible d'affirmer, qu'en fixant de manière impérative une durée minimale pour certains contrats, en instaurant un préavis y compris lorsqu'il s'agit de contrats conclus pour une durée déterminée, l'intervention communautaire contribue à empêcher la concurrence de produire ses pleins effets dans l'Union européenne. C'est en

1118 - Article 11 du règlement 1475/95.

1119 - THOUVENIN (J.-M.), Vers une remise en cause du système de distribution des automobiles en Europe ?..., *op. cit.*, p. 246.

1120 - Page 84 du rapport précité.

1121 - Page 88 du rapport précité.

1122 - MONTI (M.), Who will be in the driver's seat ?, Forum conference, Bruxelles, 11 mai 2000, speech/00/1777.

1123 - Page 88 du rapport précité.

substance ce que relèvent Messieurs Jeantet et Kovar observant que, portant atteinte à la liberté contractuelle, « le vêtement de concurrence a un effet direct de protection beaucoup plus perceptible que le soi-disant effet, bien indirect, de renforcement de la concurrence »¹¹²⁴. Le devenir de la réglementation européenne des contrats de distribution automobile était donc depuis quelque temps l'enjeu de toutes les curiosités. Trois hypothèses pouvaient être envisagées : d'abord la reconduction pure et simple du règlement en vigueur, ensuite son abolition complète et enfin l'instauration d'un régime intermédiaire qui reviendrait sur l'ancien régime sans soumettre le secteur automobile à une libéralisation complète. Au terme de différentes études¹¹²⁵, la modification du règlement semblait constituer l'hypothèse la plus vraisemblable. Le mystère a été levé le mardi 5 février 2002, lorsque la Commission européenne a rendu public un projet de réforme de la réglementation applicable. Selon le Commissaire Mario Monti, un simple toilettage du règlement existant n'aurait pas permis de parvenir aux résultats espérés. Par ailleurs, l'hypothèse qui consistait à laisser le règlement 1475/95 devenir caduc, pour que le secteur automobile tombe sous le coup des dispositions du règlement 2790/99 qui régit les autres accords de distribution, ne contient pas les garanties suffisantes pour apporter les solutions aux problèmes constatés dans le rapport d'évaluation. Ce faisant, la Commission confirme la spécificité des contrats de distribution automobile. Dans une communication publiée le 16 mars 2002¹¹²⁶, elle demande à tous les intéressés de soumettre leurs observations sur un futur projet de règlement¹¹²⁷. Celui-ci comporte des modifications concernant la protection du distributeur par la réglementation du régime des contrats de distribution automobile. Sur ce point, le projet va nettement plus loin que les dispositions du règlement actuellement applicable. Il est prévu que tout constructeur automobile souhaitant mettre fin à un contrat de concession sera tenu d'indiquer clairement par écrit les raisons de sa décision, permettant ainsi au juge ou à l'arbitre de se prononcer sur la validité de la résiliation¹¹²⁸. L'obligation de motivation de la décision de résiliation constitue une atteinte caractérisée au principe de la liberté contractuelle au nom de la protection de la partie faible au contrat, que l'on retrouve dans certaines législations nationales¹¹²⁹.

1124 - JEANTET (F.-C.) KOVAR (R.), Les accords de distribution et de service des véhicules automobiles et l'article 85 du traité CEE, Etude du projet de règlement de la Commission des Communautés européennes, *RTDE*, 1983, p. 562.

1125 - Le Comité économique et social a émis un avis sur le « rapport sur l'évaluation de la distribution et des services de vente et d'après vente de véhicules automobiles conformément au règlement 1475/95, n° 2001/C221/23, *JOCE* du 7/08/2001, n° C-221, pp. 138-149. La Commission économique et monétaire du PE a organisé le 11/09/2001 une audition publique sur le thème « Quel avenir pour la distribution automobile dans l'UE ».

1126 - Communication aux termes de l'article 5 du règlement 19/65/CEE du Conseil du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées, 2002/C 67/02, *JOCE* du 16/03/2002, n° C-67, p. 2.

1127 - Publié à la suite de ladite communication, *JOCE* du 16/03/2002, n° C-67, pp. 2-26. Voir : VOGEL (L.), Le projet de nouveau règlement automobile: *who will be in the driver's seat?*, *D*, 2002, n°9, pp. 786-788.

1128 - Article 3-5 du projet de règlement.

1129 - On songe ici à l'obligation faite en droit français, au propriétaire d'un logement, de motiver sa décision de ne pas renouveler le bail.

Si l'on excepte les contrats de distribution automobile, ce seront donc essentiellement les règles applicables au contenu contractuel qui vont déterminer la marge de manœuvre du distributeur. But principal de l'intervention communautaire, le contenu des clauses contractuelles fait l'objet d'une régulation impérative. Etudiant le contenu des dispositions communautaires, il sera possible de déterminer dans quelle mesure celles-ci s'avèrent protectrices du distributeur.

Section 2

LA PROTECTION PAR LA RÉGLEMENTATION

DU CONTENU DES CONTRATS

541. La réglementation du contenu contractuel dans le domaine de la distribution a un objectif principalement concurrentiel. En ce sens, la protection du contractant en position de faiblesse est nécessairement une protection indirecte. Les contrats de distribution ayant été identifiés comme représentant le paradigme des contrats dits « de dépendance », l'essence des textes protecteurs réside donc dans la préservation de la liberté du distributeur. Au plan communautaire la réalité de la protection indirecte accordée au distributeur ne peut qu'être constatée (§1). Le caractère indirect de cette protection, loin d'être indifférent, constitue pourtant une limite importante à l'objectif poursuivi et justifie en partie la réforme du droit applicable décidée par la Commission européenne en 1999. Il convient donc de poser la question de l'adéquation entre l'objectif de protection et la logique concurrentielle (§2).

§1 – La RÉALITÉ DE LA PROTECTION INDIRECTE

542. Le règlement 2790/1999 est venu remplacer les anciens règlements d'exemption par catégories applicables aux accords de distribution à partir du 1^{er} juin 2000 et à compter du 31 décembre 2001 pour les contrats déjà en vigueur au 1^{er} mai 2000 et couverts par les anciens règlements. L'importance de la réglementation des accords de distribution par les anciens règlements est telle qu'il n'est pas possible, à qui essaie de restituer la réalité du droit communautaire en la matière, d'en ignorer totalement le contenu¹¹³⁰. D'autant que leur complexité et leur ambiguïté expliquent la nécessité de la réforme opérée par la Commission. Pour cette raison et dans l'objectif de déterminer dans quelle mesure l'un et l'autre accordent une protection efficace au bénéfice du distributeur, il semble indispensable d'étudier la teneur des anciens règlements (I) avant de se consacrer à celle du règlement 2790/1999 (II).

¹¹³⁰ - Dans le même sens : HUET (J.), *Traité de droit civil, Les principaux contrats*, LGDJ, Paris, 2^{ème} éd., 2001, p. 532.

I – Dans les « anciens » règlements

543. Pour démontrer la réalité de la protection du contractant en position de faiblesse au sein de textes qui ont pour objectif de garantir la concurrence, il est nécessaire de passer par l'étude des différents types de clauses visées. L'étude des règlements d'exemption aujourd'hui caducs a souvent été présentée à travers la distinction des clauses « blanches » « grises » et « noires ». Nous faillirons à cette tradition : d'une part, parce que cette distinction, depuis la réforme des règlements d'exemption n'a plus lieu d'être et qu'il convient de tenir compte de cette évolution majeure de la politique communautaire de concurrence, d'autre part, parce qu'une telle approche ne correspond pas à notre analyse. Il s'agit ici de dégager les lignes directrices communes aux différents règlements et de déterminer, dans quelle mesure, elles constituent, au-delà de leur objectif concurrentiel, une protection de la partie faible aux contrats de distribution. Parmi ces lignes directrices figure en premier lieu un principe général qu'il convient d'évoquer rapidement : la condamnation des accords passés entre entreprises concurrentes. Aucune exemption ne peut trouver à s'appliquer lorsqu'un contrat de distribution est conclu entre fabricants de produits ou prestataires de services identiques ou considérés comme similaires¹¹³¹ par les utilisateurs en raison de leurs propriétés, de leur prix, et de leur usage¹¹³². L'idée est ici d'éviter que par ces accords les opérateurs effectuent une répartition des marchés qui irait à l'encontre de l'objectif de stimulation de la concurrence poursuivi par le législateur communautaire. Pour le reste, l'étude des différents règlements permet de dégager les lignes directrices de la politique suivie par la Commission européenne en matière d'exemptions catégorielles et d'affirmer que, dans chacune de ces réglementations, les objectifs de stimulation de la concurrence, du transfert des bénéfices de la concurrence vers le consommateur final et de protection de la partie faible au contrat, sont largement mêlés. Une étude synthétique de ces différents règlements peut se faire à travers l'analyse de la réglementation des clauses relatives au contenu de l'engagement contractuel (A) puis à l'exclusivité de l'engagement contractuel (B).

A – Les clauses relatives au contenu de l'engagement contractuel

544. Concernant le contenu de l'engagement contractuel, la Commission européenne a entrepris de réglementer une grande variété de clauses. De façon synthétique, il est possible d'évoquer : les clauses imposant un prix de vente (1) les clauses de « promotion commerciale » (2) et les clauses protégeant un savoir-faire (3).

1131 - La notion de substituabilité a été précisée par la Commission dans la communication concernant les accords de distribution exclusive et d'achat exclusif.

1132 - Dans les règlements 1983/83 et 1984/83 ce sont les articles 3 qui excluent du bénéfice de l'exemption ce type de clauses, l'article 5-a pour ce qui est du règlement 4087/88 et enfin l'article 6-1-1 du règlement 1475/95. Le même principe prévaut pour les accords de distribution sélective, sauf exemption au cas par cas.

1 - Les clauses imposant un prix de vente

545. Tout en admettant que le fait de maintenir un niveau minimal de prix sur un marché a des effets positifs sur la concurrence qui y règne¹¹³³, le droit communautaire interdit rigoureusement la pratique des prix imposés, sans préjudice toutefois de la pratique des prix indicatifs. L'article 81 du Traité range lui-même parmi les accords condamnés ceux-ci ont pour objet ou pour effet de « fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ». Les règlements d'exemption prohibent eux-aussi les clauses qui limitent la liberté du distributeur de déterminer les prix applicables¹¹³⁴. La généralité de la condamnation de ce type de clause témoigne de l'importance de la détermination du prix comme composante du droit que doit conserver le distributeur de mener sa politique commerciale¹¹³⁵. L'article 5-e du règlement 4087/88 concernant les accords de franchise comme l'article 6-1-6 du règlement 1475/95 sur les accords de distribution automobile posent le principe de l'inapplicabilité de l'exemption aux clauses imposant des prix de vente aux distributeurs¹¹³⁶. Les règlements relatifs aux accords de distribution et d'achat exclusif ne comportent pas de dispositions similaires, mais le principe de l'interdiction des clauses de fixation de prix est prévu par la communication de la Commission relative à ces deux règlements¹¹³⁷. Le point 17 de la communication indique que les parties ne peuvent stipuler d'autres restrictions que celles prévues à l'article 2-1 et 2-2 des textes au risque de voir le bénéfice de l'exemption être retiré à l'accord qu'elles ont conclu. Il en va ainsi « lorsque les parties contractantes renoncent à la possibilité de fixer les prix et les conditions de vente de façon autonome ». En vertu de la jurisprudence de la CJCE, la pratique des prix imposés fait aussi perdre le bénéfice de l'exemption aux accords de distribution sélective¹¹³⁸.

1133 - La Cour de justice a été particulièrement claire sur ce point, en affirmant, dans son arrêt du 25 octobre 1977, que : « la concurrence par les prix, pour importante qu'elle soit, de sorte qu'elle ne peut jamais être éliminée, ne constitue toutefois pas la seule forme efficace de concurrence ni celle à laquelle doit, en toute circonstances, être accordée une priorité absolue... La préoccupation, s'agissant de grossistes et détaillants spécialisés, de maintenir un certain niveau de prix correspond à celle du maintien, dans l'intérêt du consommateur, de la possibilité pour ce canal de distribution de subsister à côté de formes de distribution nouvelles axées sur une politique concurrentielle de nature différente, rentre dans le cadre des objectifs qui peuvent être poursuivis sans tomber nécessairement sous l'interdiction de l'article 85-1 et, si tel était en tout ou en partie le cas, dans le cadre de l'article 85-3 ; tel est d'autant plus, le cas si ces conditions contribuent, en outre, à une amélioration de la concurrence pour autant qu'elle porte sur d'autres éléments que le prix ». CJCE, 25 octobre 1977, *Metro c. commission*, aff 26/76, *Rec.* p. 1905, point 21.

1134 - Les mesures restrictives relatives aux prix ne se limitent pas à la pratique des prix imposés et comprennent aussi certaines règles applicables aux conditions de vente comme la fixation des remises, les possibilités d'accorder des délais de paiement... La pratique de la fixation des prix en commun est bien entendu la plus courante et donc celle qui est le plus souvent réprimée. La pratique de l'information sur les prix est elle aussi de façon générale déclarée illicite.

1135 - IDOT (L.), La régulation communautaire des réseaux de distribution, *PA*, 6 mars 1996, n° 29, p. 39.

1136 - Ce qui était déjà prévu par le droit français : Cass. Com., 8 octobre 1968, *D.*, 1969, p. 82.

1137 - Communication relative aux règlements 1983/83 et 1984/83 de la Commission, du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article 85-3 du traité à des catégories respectivement d'accords de distribution exclusive et d'accords d'achat exclusif, n° 84/C101/02, *JOCE* du 13/04/1984, n° C-101 pp. 2-10.

1138 - CJCE, 25 octobre 1983, *AEG*, aff 107/82, *Rec.* p. 3151, points 129-130.

546. Si les prix imposés sont interdits, la pratique des prix indicatifs ou prix conseillés est autorisée. Ceci résultait déjà de l'arrêt *Pronuptia* dans lequel la Cour affirmait : « Si des clauses qui portent atteinte à la faculté du franchisé de déterminer ses prix en toute liberté sont restrictives de concurrence, il n'en est pas de même du fait, pour le franchiseur, de communiquer aux franchisés des prix indicatifs, à la condition qu'il n'y ait pas, entre le franchiseur et les franchisés ou entre franchisés, de pratique concertée en vue de l'application effective de ces prix »¹¹³⁹. Il faut par ailleurs préciser que le fait que les distributeurs appliquent en pratique des prix de vente inférieurs à ceux qui ont été fixés n'a aucune incidence sur l'applicabilité de l'exemption¹¹⁴⁰.

2 - Les clauses de « promotion commerciale »

547. La réussite d'un réseau de distribution et l'amélioration du service rendu au consommateur passent par une solide politique de publicité, de promotion des ventes et de gestion des stocks. C'est pourquoi, malgré leur caractère fortement contraignant à l'égard du distributeur, certaines clauses destinées à stimuler la réussite commerciale du réseau sont déclarées non restrictives de concurrence¹¹⁴¹. Il en va ainsi de la clause obligeant le distributeur à acheter des assortiments complets ou des quantités minimales¹¹⁴². Il peut aussi valablement être imposé au distributeur de faire la publicité des produits contractuels¹¹⁴³, ou encore assurer un service à la clientèle ainsi que la garantie¹¹⁴⁴. Il est, par ailleurs, prévu que le distributeur peut être valablement tenu de vendre les produits visés sous les marques et la présentation prescrite par le fournisseur¹¹⁴⁵ et d'employer un personnel avec une formation spécifique¹¹⁴⁶. Enfin, certains règlements d'exemption¹¹⁴⁷ rendent compatible avec l'octroi de l'exemption la clause qui fixe un seuil minimal de vente ou de chiffre d'affaires¹¹⁴⁸. Le

1139 - CJCE, 28 janvier 1986, *Pronuptia*, aff 161-84, *Rec.* p. 384, point 25.

1140 - Décision de la Commission 89/515, du 2 août 1989, *Treillis soudés*, *JOCE* du 06/09/1989, n° L-260, pp. 1-44 ; confirmée par TPICE, 6 avril 1995, *ILRO SpA c. Commission*, aff 152/89, *Rec. II*, p. 1197.

1141 - En ce qui concerne les accords de distribution sélective, la solution prévaut aussi : Décision de la Commission, du 13 décembre 1974, *Bayarische Motoren Werke AG*, *JOCE* du 03/02/1975, n° L-29.

1142 - Article 2-3-a (quantités minimales) et 2-3-c (stock) du règlement 1983/83, article 2-3-b (quantités minimales) et 2-3-d (stock) du règlement 1984/83, article 3-1-f du règlement 4087/88, article 4-1-4 (stock) du règlement 1475/95.

1143 - Article 2-3-c du règlement 1983/84, article 2-3-d du règlement 1984/83, article 4-1-1 du règlement 1475/95 et article 3-1-f du règlement 4087/88.

1144 - Article 2-3-c du règlement 1983/83, article 2-3-d de 1984/83, 3-1-f du règlement 4087/88 à condition que la garantie soit valable pour les produits vendus par d'autres membres du réseau, et article 4-1-6 du règlement 1475/95 à condition que la garantie soit aussi assurée par les autres membres du réseau.

1145 - Article 3-b du règlement 1983/83.

1146 - Article 3-c du règlement 1983/83.

1147 - Article 4-1-3 et du règlement 1475/95. La même solution prévaut pour la franchise : article 3-1-f du règlement 4087/88. Les autres règlements d'exemption n'accordent pas automatiquement l'exemption à ce genre de clauses.

1148 - A la condition qu'il ne s'agisse que d'une obligation de moyens : CJCE, 30 avril 1998, *Cabour SA*, aff C-230/96, *Rec.* p. 2055.

règlement 1475/95 concernant la distribution automobile prévoit ainsi qu'une clause par laquelle le distributeur s'oblige à « s'efforcer d'écouler pendant une période déterminée à l'intérieur du territoire convenu un nombre minimal de produits contractuels », ne fait pas obstacle à l'exemption¹¹⁴⁹. Le texte précise cependant, que de tels objectifs de vente ne pourront plus être fixés qu'après négociation entre le concédant et le concessionnaire, avec en cas de désaccord la possibilité déjà étudiée de recourir à l'arbitrage d'un tiers-expert. On voit ici comment, fixant des règles clairement destinées à stimuler la concurrence, la Commission parvient quand même à les assortir de prescriptions protectrices.

3 - Les clauses protégeant un savoir-faire

548. Seul accord portant sur un droit de propriété intellectuelle, l'accord de franchise constitue une catégorie particulière d'accord de distribution dans laquelle l'obligation d'approvisionnement exclusif n'est pas la caractéristique principale du contrat et n'existe que dans l'objectif de protéger le savoir-faire transmis. C'est pourquoi, le règlement 4087/88 comporte certaines dispositions spécifiques liées au savoir-faire. Certaines clauses sont déclarées non restrictives de concurrence : celles qui ont pour objectif la protection des droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ainsi que de l'identité ou de la réputation du réseau. Au premier plan figure l'obligation imposée au franchisé de ne pas divulguer le savoir-faire lui-même ni le laisser divulguer par son personnel. Cette obligation peut-être imposée après l'expiration du contrat. Une limitation est prévue toutefois : l'exigence de confidentialité ne peut être maintenue à partir du moment où le savoir-faire a perdu son caractère secret. En effet, si celui-ci est devenu durant l'exécution de l'accord, « généralement connu et facilement accessible », le franchisé ne pourra être obligé de ne pas le divulguer¹¹⁵⁰.

En appliquant le savoir-faire que lui a communiqué le franchiseur lors de la formation du contrat, le franchisé peut-être amené à découvrir des améliorations. Selon le principe du *feed back*, ces dernières doivent profiter à la franchise et aux autres franchisés. C'est pourquoi selon le règlement, la clause selon laquelle le franchisé est tenu de communiquer au franchiseur l'expérience qu'il a acquise concernant le savoir-faire objet du contrat est licite¹¹⁵¹. Il est possible d'imposer au franchisé l'obligation de concéder au franchiseur et aux autres franchisés une licence de savoir-faire concernant cette expérience. Le règlement prévoit, par ailleurs, que la clause qui oblige le franchisé à signaler au franchiseur toute contrefaçon des droits de propriété intellectuelle ou industrielle objets du contrat, bénéficie de l'exemption, tout comme celle qui l'oblige dans ce cas, à intenter une action en justice afin de participer à la défense de ces droits¹¹⁵². En revanche, le bénéfice de l'exemption ne s'applique pas à un accord interdisant au franchisé de contester les droits de propriété industrielle ou intellectuelle

1149 - Article 4-3 du règlement 1475/95.

1150 - Article 3-2 *a* du règlement 4087/88.

1151 - *Ibid*, article 3-2 *b*.

1152 - *Ibid*, article 3-2 *c*.

qui constituent la franchise ¹¹⁵³. Cette liberté est laissée au franchisé qui prend le risque, dans un tel cas, que le franchiseur mette fin au contrat de manière tout à fait licite. Par contre, la clause qui interdit au franchisé d'utiliser le savoir-faire à d'autres fins que celles de la franchise ¹¹⁵⁴ ne fait pas obstacle à l'exemption ; pas plus que celle selon laquelle le franchisé doit appliquer strictement les méthodes commerciales mises au point par le franchiseur et leurs éventuelles modifications futures ¹¹⁵⁵, ainsi que les normes du franchiseur en matière d'équipement, de présentation des locaux ou des moyens de transports prévus au contrat ¹¹⁵⁶. La clause selon laquelle le franchisé ne peut modifier, sans l'accord du franchiseur, l'emplacement des locaux visés au contrat est, elle aussi, autorisée par le règlement ¹¹⁵⁷, ce qui est assez logique puisque, dans la plupart des cas, le choix de ces locaux conditionne la réussite commerciale de la franchise. Dans le même sens, le franchisé peut valablement être tenu de suivre les formations organisées par le franchiseur sans que l'accord ne perde le bénéfice de l'exemption ¹¹⁵⁸. Cet ensemble d'obligations qui peuvent licitement être mises à la charge du franchisé, n'aurait aucune importance pratique si le franchiseur ne pouvait avoir les moyens d'en vérifier l'application. C'est pourquoi le règlement autorise le franchiseur à obliger le franchisé à lui permettre d'effectuer les contrôles nécessaires concernant les locaux, moyens de transport, produits ou services objets de la franchise. Les inventaires et les états financiers peuvent eux aussi être soumis à contrôle ¹¹⁵⁹. Il est aussi prévu que le franchisé devra respecter l'obligation de confidentialité relative au savoir-faire, et ce même au-delà de la validité de la clause de non-concurrence. Enfin, le franchisé ne peut céder le bénéfice du contrat de franchise sans l'accord du franchiseur ¹¹⁶⁰. Cette obligation peut-être considérée comme un prolongement de l'interdiction de divulguer celui-ci à des tiers. On peut aussi y voir, à l'instar du professeur Ferrier ¹¹⁶¹ le moyen de garantir l'*intuitus personae* inhérent à la franchise.

549. Par ailleurs, une obligation de non-concurrence peut être imposée au franchisé pendant une « période raisonnable n'excédant pas un an » après l'extinction du contrat de franchise. Pendant cette période l'ex-franchisé pourra seulement mener une activité commerciale dans un territoire autre que le territoire visé au contrat. Le franchisé peut se voir imposer une obligation de ne pas exercer directement ou indirectement une activité commerciale similaire dans un territoire où il concurrencerait un membre du réseau, que ce soit le franchiseur lui-même ou un autre franchisé. Dans le même sens, le franchisé peut être empêché de ne pas acquérir de participation financière dans le capital d'une entreprise concurrente, dès lors que

1153 - *Ibid*, article 5-f.

1154 - *Ibid*, article 3-2-d.

1155 - *Ibid*, article 3-2-f.

1156 - *Ibid*, article 3-2-g

1157 - *Ibid*, article 3-2-i

1158 - *Ibid*, article 3-2-e.

1159 - *Ibid*, article 3-2-h.

1160 - *Ibid*, article 3-2.

1161 - FERRIER (D.), *Franchise, op. cit.*, p. 8, n° 66.

cette participation lui permettrait d'influencer la prise de décision au sein d'une telle entreprise. Selon la jurisprudence, le seuil à ne pas dépasser concernant cette prise de participation financière est de cinq pour cent pour une entreprise cotée en bourse. Concernant la distribution des produits objets du contrat, est admise la clause qui oblige le franchisé à ne pas revendre les produits objets du contrat à des revendeurs que le franchiseur a exclu du circuit de commercialisation. Le franchisé ne doit donc pas remettre en cause le choix du franchiseur de réserver la distribution de ses produits à des distributeurs déterminés. Dès lors, la liberté du franchisé de vendre les produits en question concerne les utilisateurs finals, les autres franchisés ainsi que les distributeurs agréées par le franchiseur.

550. Les exigences liées à l'unité du réseau de franchise, admises en nombre par le règlement 4087/88, peuvent venir restreindre l'indépendance du franchisé. L'article 4-c du règlement comporte une disposition qui vient garantir, au moins d'un point de vue formel, l'autonomie de ce dernier. Pour bénéficier de l'exemption, l'accord ne doit pas empêcher le franchisé d'indiquer sa qualité de commerçant indépendant, pourvu que cette indication, dont le but est d'avertir les tiers de l'autonomie du franchisé, n'interfère pas « avec l'identité commune du réseau » ou encore avec la présentation uniforme des exploitations. Dès lors qu'aucune précision n'a été apportée à la présentation de cette indication, il semble qu'un simple panneau sur la devanture des locaux puisse faire l'affaire.

B – Les clauses relatives à l'exclusivité de l'engagement contractuel

551. L'exclusivité de l'engagement contractuel constitue à la fois l'essence des accords de distribution et une atteinte majeure portée à la concurrence. La Commission européenne a pour ces deux raisons réglementé les clauses d'exclusivité territoriale (1) et les clauses d'exclusivité d'achat (2).

1 – L'exclusivité territoriale

552. L'exclusivité territoriale est le mécanisme par lequel un fournisseur réserve la commercialisation de ses produits à un distributeur pour un territoire donné. Une telle exclusivité constitue l'élément essentiel des contrats de distribution exclusive, dont elle conditionne la qualification juridique mais se rencontre aussi dans la distribution sélective. L'article 1^{er} du règlement 1983/83, tout comme que l'article 1^{er} du règlement 1475/95 accorde le bénéfice de l'exemption à ce type de clause. Rien de comparable n'est logiquement prévu dans le règlement 1984/83, qui concerne les accords d'achat exclusif dans lesquels une clause de protection territoriale n'a pas lieu d'être¹¹⁶². La question de savoir si la protection

1162 - Voir en ce sens le point 37 de la communication n°C/101/02 précitée.

territoriale était acceptable au sein des contrats de franchise a été résolue de manière positive par l'arrêt *Pronuptia*, et confirmée par l'article 2 a du règlement 4087/88. Le franchiseur peut donc parfaitement s'interdire, à l'intérieur du territoire visé, de donner le droit d'exploiter la franchise à des tiers, de l'exploiter lui-même et de fournir les produits contractuels à des tiers. Pourtant, l'exclusivité territoriale porte gravement atteinte au jeu normal de la concurrence. L'attribution d'un territoire à un distributeur empêche les autres distributeurs d'intervenir sur celui-ci, en ce qui concerne les produits contractuels. C'est pourquoi, si elle est validée dans son principe, l'exclusivité territoriale est soumise à des limites précises par les différents règlements.

553. Le cloisonnement du marché que risquent d'entraîner ces exclusivités réciproques, est combattu par les différents règlements d'exemption. Toute stipulation contractuelle générant une protection territoriale absolue et donc un cloisonnement des marchés nationaux n'est pas considérée comme indispensable pour stimuler la concurrence et de ce fait doit être considérée comme contraire aux règles communautaires ¹¹⁶³. Comme pour le principe de la libre fixation de prix par le distributeur, le droit dont doit disposer celui-ci de mener sa propre politique commerciale, rend généralement illicite au regard des règlements d'exemption les clauses limitant sa liberté de vendre les produits contractuels à la clientèle de son choix. Ainsi, il doit demeurer possible pour le distributeur (concessionnaire, franchisé) de pratiquer des « importations parallèles », c'est-à-dire des ventes passives par lesquelles ce dernier se contente de répondre à la demande spontanée d'un client établi sur un autre territoire et qui est informé par ses propres moyens. Ce principe est contenu dans l'article 3-c du règlement 1983/83 qui prévoit l'exclusion de l'exemption dès lors que « les utilisateurs ne peuvent acheter dans le territoire concédé les produits visés au contrat qu'au concessionnaire exclusif et qu'il n'existe pas de source alternative d'approvisionnement à l'extérieur du territoire concédé » ¹¹⁶⁴. Le contrat peut par contre parfaitement interdire au distributeur de mener une politique active de recherche de clientèle à l'extérieur de sa zone. En pratique le distributeur peut se voir interdire l'établissement dans un autre territoire mais aussi la participation à des foires et expositions et la pratique de « mailing » en direction d'une clientèle située en dehors de son territoire. L'utilisateur doit avoir le droit d'acheter les produits contractuels, soit dans le territoire concédé auprès d'importateurs parallèles, soit en dehors de cette zone auprès d'un autre revendeur agréé ou d'une entreprise indépendante. L'objectif est si important qu'une clause d'exclusivité territoriale absolue contraire ne peut être exemptée même si elle prévoit sa propre inapplicabilité dans le cas où elle est interdite par la loi ¹¹⁶⁵.

1163 - Cette condamnation résulte de la jurisprudence de la Cour : CJCE, 13 juillet 1966, *Grundig*, aff jointes 56 et 58/64, *Rec.* p. 429.

1164 - Ce principe est complété par le point d de l'article 3 selon lequel est interdite toute action unilatérale ou concertée du fournisseur et de ses concessionnaires visant à empêcher les importations parallèles, par l'exercice de droits de propriété industrielle ou par le biais de l'action en concurrence déloyale.

1165 - Décision de la Commission 97/123, du 4 décembre 1996, *Novalliance*, *JOCE* du 18/02/1997, n° L-47, pp. 11-21.

L'article 5 g du règlement 4087/88 dispose, dans le même sens, que la protection des franchisés au sein du réseau interdit à chacun d'eux de pratiquer une politique active de recherche de clientèle en dehors de sa zone de vente, mais que pour autant elle ne saurait justifier « une restriction aussi grave que celle résultant de l'obligation de ne pas pratiquer de ventes dites passives en établissant une sorte d'exclusivité territoriale absolue »¹¹⁶⁶. Le règlement 1475/95 dispose de la même manière pour les contrats de distribution automobile. Il est expressément prévu que l'exemption ne s'applique pas lorsque « le constructeur, le fournisseur ou une autre entreprise du réseau restreint directement ou indirectement la liberté des utilisateurs finals, des intermédiaires mandatés ou des distributeurs de s'approvisionner auprès d'une entreprise du réseau de leur choix à l'intérieur du Marché commun »¹¹⁶⁷. Concernant les accords de distribution sélective, la seule restriction admise au principe du libre choix de la clientèle est celle qui interdit à des grossistes de revendre directement les produits visés à des consommateurs finals. Une telle interdiction ne constitue pas une véritable restriction de concurrence car elle répond à la nécessité de dissocier les fonctions de grossiste et de détaillant. A défaut d'une telle dissociation, les premiers bénéficieraient d'un avantage concurrentiel injustifié sur les seconds¹¹⁶⁸.

554. L'exclusivité territoriale va de pair avec certains engagements du distributeur qui ont pour but de rendre cette exclusivité efficiente. Dans cet objectif, les articles 2-2-c des règlements 1983/83 et 1984/83 déclarent licite la clause interdisant au concessionnaire de « ne faire aucune publicité pour les produits visés au contrat, de n'établir aucune succursale et de n'entretenir aucun dépôt pour leur distribution en dehors du territoire concédé ». C'est dans le même esprit, que l'article 3-8 à 3-10 du règlement 1475/95 déclare l'exemption applicable lorsque le distributeur est tenu de « ne pas, en dehors du territoire convenu, entretenir des succursales ou des dépôts pour la distribution de produits contractuels et de produits correspondants ; prospector la clientèle, pour des produits contractuels et des produits correspondant, par une publicité personnalisée ; de ne pas confier à des tiers la distribution ou le service de vente et d'après-vente de produits contractuels et de produits correspondants... ». *A contrario*, il semble ressortir de ces dispositions que le concessionnaire a le droit de faire une publicité non personnalisée en dehors du territoire convenu.

555. Pour être pleinement efficace, un contrat de distribution devrait contenir une double exclusivité, de sorte que la clause d'exclusivité territoriale se double d'un engagement de non-concurrence de la part du distributeur. Mais les risques découlant d'un tel système sont trop importants pour la concurrence et l'indépendance du distributeur. C'est pourquoi, les clauses

1166 - FERRIER (D.), *Franchise, op. cit.*, n° 123.

1167 - Article 6-7 du règlement 1475/95, qui est complété par l'article 6-8 qui prévoit la même sanction pour le cas où le fournisseur octroie des rémunérations calculées en fonction du lieu de destination des véhicules vendus ou du domicile de l'acheteur.

1168 - CJCE, 25 octobre 1977, *Metro c. Commission*, aff 26/76, *Rec.* p. 1875, spec. point 28.

des contrats de concession, qui entravent de façon excessive la liberté commerciale du distributeur, sont sanctionnées. Afin de permettre au distributeur automobile de diversifier son activité commerciale et gagner ainsi en autonomie, le règlement 1475/95 contient deux séries de prescriptions. L'une encadre la possibilité de « multimarquisme », l'autre lui accorde le droit de s'approvisionner en pièces détachées concurrentes. En vertu de l'article 3-3, la vente de véhicules neufs concurrents par le distributeur automobile ou « multimarquisme » est autorisée, ce qui représente une réelle innovation au bénéfice du distributeur qui peut ainsi diversifier son activité ¹¹⁶⁹. Ce rééquilibrage de la relation contractuelle entre constructeur et concessionnaire est cependant soumis à conditions. Pour être valable, la possibilité offerte au distributeur nécessite l'existence de locaux commerciaux distincts sous forme d'une entité juridique distincte de manière à ce que la confusion entre les marques ne soit pas possible. Cette condition limite considérablement la portée de l'innovation communautaire, au regard des investissements financiers nécessaires pour pouvoir en profiter ¹¹⁷⁰. De fait, seuls les « grands » distributeurs peuvent se livrer au « multimarquisme » ¹¹⁷¹. Il semble que sur ce point précis, le projet de règlement présenté par la Commission pour remplacer le règlement 1475/95, aille plus loin encore dans la protection de l'indépendance du concessionnaire automobile. Selon le projet présenté par la Commission, le « multimarquisme » devrait être autorisé, sans condition de différenciation des locaux commerciaux ¹¹⁷². Pour autant que l'on puisse considérer le multimarquisme comme réellement protecteur des intérêts de tous les concessionnaires, le nouveau projet se révèle plus favorable à l'autonomie de ceux-ci que le règlement 1475/95. Le nouveau projet de règlement semble par là rapprocher la distribution automobile des systèmes de distribution sélective dans lesquels, il est permis au distributeur de vendre des produits concurrents.

2 – L'exclusivité d'achat

556. Le principe de l'exclusivité d'approvisionnement consiste en l'obligation que souscrit le distributeur d'acquérir les produits d'un fournisseur, à l'exclusion de tous les produits concurrents, voire à l'exclusion de tout autre produit, concurrent ou non ¹¹⁷³. Une telle obligation contractuelle se devait d'être strictement encadrée. Constituant une restriction de concurrence particulièrement grave, dans la mesure où elle coupe le distributeur des autres

1169 - Le règlement 1475/95 prévoit dans le même sens la possibilité pour le concessionnaire de s'approvisionner en pièces détachées concurrentes. Selon l'article 6-1-9, l'exemption ne s'applique pas lorsque le fournisseur restreint la possibilité prévue à l'article 3-5 de s'approvisionner auprès d'un tiers en pièce de rechange pourvu que celles-ci soient d'un niveau de qualité équivalent.

1170 - COUMES (J.-M.), *Le nouveau règlement d'exemption par catégories dans le secteur de la distribution automobile*, RMCUE, 1996, p. 495.

1171 - Il convient de noter que l'article 5-2-1 dispense certains distributeurs des conditions sévères généralement applicables. Mais compte tenu de la difficulté pour le distributeur de prouver qu'il se trouve dans l'une des situations exceptionnelles prévues, la portée de cette exception semble bien limitée. Voir en ce sens : VOGEL (L.) VOGEL (J.), *Droit de la distribution automobile*, Dalloz, Paris, 1996, n° 214.

1172 - Article 5-e du projet publié le 16 mars 2002, JOCE n° C-67, p. 10.

1173 - FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, op. cit., p. 216.

fournisseurs, elle fait échapper le fournisseur exclusif à la concurrence de ces derniers, elle place de surcroît « le distributeur, débiteur de l'exclusivité, dans la dépendance du fournisseur, créancier de cette exclusivité, et dans l'isolement par rapport aux fournisseurs concurrents voir à tout autre fournisseur »¹¹⁷⁴. En vertu du règlement 1984/83, l'exclusivité d'approvisionnement est exemptée à condition de ne pas faire supporter à son débiteur des restrictions de concurrence trop lourdes ou inutiles. C'est en ce sens que l'article 3-c du règlement 1984/83 n'accorde pas le bénéfice de l'exemption lorsque l'exclusivité d'approvisionnement porte sur plusieurs produits qui n'ont pas de lien entre-eux. Une règle similaire est prévue pour les accords d'approvisionnement exclusif spécifiques que constituent les accords de « bière »¹¹⁷⁵ et de « station service »¹¹⁷⁶. Le principe est donc que l'accord ne doit porter que sur un type de produit, ou à défaut sur plusieurs produits différents s'ils ont entre-eux, de par leur nature ou les usages commerciaux un lien qui le justifie. Si le distributeur est un contractant sous dépendance, c'est en grande partie parce qu'il se consacre à une activité commerciale unique. Tout en permettant une stimulation de la concurrence sur un nombre plus élevé de produits, la Commission limite aussi la dépendance du distributeur, en lui permettant d'entrer en contact avec des fournisseurs différents en fonction des produits.

557. Concernant les autres types d'accords, le principe de laisser se développer ce que l'on appelle aussi des « importations parallèles »¹¹⁷⁷ ou « livraisons croisées » est transposé par l'article 3 *c* et *d* dans le règlement 1983/84¹¹⁷⁸, par l'article 4-*a* du règlement 4087/88 qui assurent la perméabilité de la zone d'exclusivité. Il s'agit de permettre les importations effectuées par les revendeurs auprès d'autres revendeurs dans le Marché commun. Remarquons que certains règlements vont plus loin encore en autorisant les importations parallèles émanant de tiers au réseaux. C'est le cas du règlement sur la distribution automobile¹¹⁷⁹, ce qui permet de bénéficier de différences de prix parfois considérables.

558. Le règlement 1984/83 autorise, dans le même sens, les clauses interdisant au revendeur titulaire d'un débit de boisson de distribuer des bières ou autres boissons offertes par des

1174 - *Ibid.*

1175 - Article 8-*a* et *b* du règlement 1984/83.

1176 - *Ibid.*, article 12-1-b.

1177 - Le terme recouvre ainsi deux situations différentes : les ventes directes effectuées hors territoire exclusif auprès de consommateurs final et les importations de produits contractuels auprès d'autres distributeurs du réseau. Sur cette notion, voir : KARIDIS (G.), Les systèmes de distribution des produits et le problème des importations parallèles en droit communautaire : essai d'une approche de synthèse, *RMUE*, 2, 1999, pp. 107-139.

1178 - Les points 31 à 34 de la communication précitée de la Commission relative aux règlements 1983 et 1984/83 reprennent ce principe.

1179 - Article 3-11 du règlement 1475/95 ; CJCE, 24 octobre 1995, *BMW*, aff C-70-93, *Rec.* p. 34398. L'article 10 règlement 1475/95 permet, par ailleurs, au distributeur d'acheter des pièces de rechange d'un niveau équivalent auprès d'un fournisseur autre que le constructeur automobile avec lequel il a un contrat de réparation et d'entretien des véhicules. Afin d'éviter que le constructeur ne vienne entraver cette liberté, le règlement interdit de cumuler des remises pour les véhicules neufs et des pièces de rechanges d'origine.

entreprises concurrentes et qui sont du même type que celles fixées au contrat ¹¹⁸⁰. Dans un but de différenciation entre les produits, il est possible de prévoir une clause imposant au revendeur l'obligation de ne vendre les bières et autres boissons désignées au contrat, que sous une forme précise -bouteille, boîte ou autre petit conditionnement- toutes les bières et autres boissons d'un type différent que celles visées à l'accord ¹¹⁸¹. Le règlement 1984/83 fait bénéficier de l'exemption les clauses restreignant la possibilité du revendeur de faire de la publicité pour les produits livrés par les entreprises tierces ¹¹⁸².

559. Il ressort de cette étude synthétique que l'objectif de protection du distributeur a présidé à la rédaction des différents règlements d'exemption par catégories, au même titre que l'objectif de stimulation de la concurrence et que l'idée générale du profit réservé aux consommateurs. Les anciens règlements d'exemption ont donc participé à la constitution d'un statut impératif des contrats de distribution. Qu'en est-il pour le règlement 2790/1999, censé marquer une rupture dans la politique de concurrence de la Commission européenne ?

II – Dans le règlement 2790/1999

560. La plupart des règlements d'exemption par catégories applicables aux accords de distribution venait à expiration à la fin de 1997. Avant cette échéance, la Commission européenne a entrepris une vaste consultation des acteurs économiques concernés ¹¹⁸³. Il est ressorti des réactions sollicitées une série de critiques faites au processus communautaire en matière d'exemption. La principale consistait dans les complications induites par ce système et le risque d'asphyxie qui en découlait pour la distribution commerciale européenne et les entreprises qui en dépendent. Ces réactions ont été suivies d'effets lors de la récente réforme de la politique de concurrence. Le règlement 2790/1999, concernant l'application de l'article 81-3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées intervient moins fortement dans la sphère contractuelle que ne le faisaient ses prédécesseurs. Le fait que le nouveau règlement se limite à l'édiction d'une liste de clauses « noires », constitue sans nul doute un changement significatif dans la portée des règlements d'exemption ¹¹⁸⁴. Alors que les anciens règlements imposaient un contenu positif aux accords qui leur étaient soumis au travers de la définition des clauses obligatoires et d'une énumération limitative des clauses exemptées, ce qui se révélait être un obstacle à la liberté et à la flexibilité des relations

1180 - Article 7-a du règlement 1984/83. En revanche est considérée comme excessive et donc non admise la clause qui impose au revendeur une obligation d'achat exclusif portant sur des produits autres que les boissons et sur des services article 8-1 du règlement 1984/83.

1181 - Article 7-b du règlement 1984/83.

1182 - *Ibid*, article 7-c.

1183 - A partir d'un livre vert concernant la politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales, du 22 janvier 1997, COM(96)721 final.

1184 - Il convient cependant de noter que le projet de règlement présenté par la Commission concernant la concession automobile contient aussi une liste des clauses nécessaires à l'exemption présentées sous l'intitulé « conditions générales d'applicabilité ». Voir spec. les articles 3-5 et s. : Annexe B de la thèse.

contractuelles, les règlements « nouvelle approche » se contentent de définir négativement le contenu des contrats en cause. La liberté contractuelle s'en trouve enrichie, puisque les limites qui lui sont posées par le droit communautaire, ne sont aujourd'hui plus que négatives.

561. Ce texte unique s'applique aux accords ou pratiques concertées conclus entre deux ou plusieurs entreprises dont chacune opère à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution. Il s'applique, par extension, aux accords contenant des dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces droits ne constituent pas l'objet principal de tels accords et qu'ils soient directement liés à l'utilisation, la vente ou la revente des biens et services en cause. Considérant que « la plupart des restrictions verticales ne posent pas de problèmes sous l'angle de la concurrence que si la concurrence *intermarkes* est insuffisante », et que les accords verticaux « peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participant [...] que la probabilité que de tels gains d'efficacité aient lieu et qu'ils l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords verticaux dépend du pouvoir de marché des entreprises concernées »¹¹⁸⁵, la Commission européenne base le principe de l'exemption sur le poids économique des entreprises parties aux accords. En vertu de cette nouvelle approche, lorsque le fournisseur détient une part de marché supérieure à 30%, l'exemption par catégories n'est pas applicable compte tenu du fait qu'« il n'est pas possible de présumer que les accords verticaux entraînent des avantages objectifs de nature à compenser les inconvénients que ces accords produisent sur la concurrence »¹¹⁸⁶. Selon la Commission on peut présumer que de tels accords ne contiennent pas de restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves et ont généralement pour effet d'améliorer la concurrence¹¹⁸⁷. L'exclusion du bénéfice de l'exemption au détriment des accords entre entreprises concurrentes se retrouve logiquement dans ce nouveau règlement¹¹⁸⁸. Une exception est toutefois prévue au bénéfice des accords non réciproques entre entreprises concurrentes moyennant certaines conditions de chiffre d'affaires et de niveau d'action des parties à l'accord.

562. Le principe selon lequel les clauses restrictives de concurrence concernant le territoire ou la clientèle visés au contrat font obstacle à l'exemption est repris par le règlement. Par contre, la clause contractuelle interdisant les ventes actives vers un territoire exclusif ou une clientèle exclusive ne fait pas obstacle à l'exemption¹¹⁸⁹. La restriction des ventes vers des utilisateurs finals par un acheteur qui opère en tant que grossiste sur un marché est, elle aussi,

1185 - Lignes directrices concernant les restrictions verticales, point n°2.

1186 - Considérant n°9 du règlement 2790/1999.

1187 - *Ibid*, considérant n°8.

1188 - *Ibid*, article 2-4.

1189 - *Ibid*, article 4-b.

autorisée ¹¹⁹⁰. Il en va de la même façon, dans les cas de système de distribution sélective, pour les clauses qui restreignent le droit du distributeur de vendre à des distributeurs non agréés ¹¹⁹¹, alors qu'ici les clauses restreignant la pratique des livraisons croisées sont autorisées ¹¹⁹². Parmi les dispositions du règlement qui ont un effet protecteur de l'indépendance du distributeur on retrouve celle qui retirent le bénéfice de l'exemption aux clauses ayant pour objet de réduire la capacité de celui-ci de déterminer son prix de vente, toujours sans préjudice de la pratique des prix maximum ou des prix recommandés à condition que ces derniers n'équivalent pas en pratique à des prix imposés ¹¹⁹³. Comme par le passé, de telles clauses sont considérées par la Commission comme des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre les effets positifs attendus et qui ont, en plus, des « effets anticoncurrentiels graves » ¹¹⁹⁴. De façon générale, la clause non-concurrence post-contractuelle ne bénéficie pas de l'exemption. Une exception est toutefois prévue dans un cas précis : si cette obligation concerne des biens ou services qui sont en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat et si elle est limitée aux locaux et aux terrains à partir duquel le distributeur opérait pendant la durée du contrat, à condition qu'elle soit nécessaire à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur et qu'une telle obligation soit limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord. Par contre, la clause qui prévoit la non-divulgence d'un savoir-faire qui n'est pas tombé dans le domaine public, peut quant à elle être prévue pour une durée indéterminée ¹¹⁹⁵. Il est enfin prévu, concernant les réseaux de distribution sélective, que toute clause obligeant le distributeur à ne pas vendre des marques de fournisseurs concurrents déterminés est contraire au règlement et ne peut bénéficier de l'exemption ¹¹⁹⁶. Le règlement encadre aussi l'usage des clauses de non-concurrence. L'article 5 du règlement dispose que le bénéfice de l'exemption n'est pas attribué aux accords qui imposent une clause de non-concurrence à effet post-contractuel, directe ou indirecte, dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans ¹¹⁹⁷. Il est prévu, par ailleurs, qu'une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans doit être considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée ¹¹⁹⁸.

563. A travers ces deux dernières dispositions, il semble que l'objectif de protection du distributeur ne puisse pas être nié. Ce n'est pourtant pas l'objectif avancé par la Commission qui affirme dans le considérant 11 du règlement qu'il s'agit de « garantir l'accès au marché

1190 - *Ibid.*

1191 - *Ibid.*

1192 - *Ibid.*

1193 - Article 4-a du règlement 2790/1999.

1194 - Considérant n° 10 du règlement 2791/1999.

1195 - Article 5-b du règlement 2790/1999.

1196 - *Ibid.*, article 5-c.

1197 - *Ibid.*, article 5-a.

1198 - Une exception à ce principe est prévue dans le cas où les biens sont vendus à partir de locaux qui appartiennent au fournisseur ou que celui-ci loue à des tiers, pourvu que la clause de non concurrence ne dépasse pas la période d'occupation de ces locaux par l'acheteur.

pertinent ou de prévenir la collusion sur ce marché ». Si l'effet sur l'accès au marché ne peut effectivement qu'être bénéfique, de telles dispositions vont tout aussi clairement dans le sens d'une plus grande indépendance du distributeur face à son fournisseur. Il est donc possible d'affirmer que si les méthodes de la Commission européenne ont été profondément modifiées, les principes et solutions applicables, quant à elles, sont demeurés les mêmes. Si le règlement 2791/1999 constitue sans nul doute un texte plus souple que les règlements d'exemption qu'il remplace, eu égard au fait qu'il ne recense que les clauses contractuelles faisant obstacle à l'exemption et qu'il n'intervient pas de façon directe sur le régime des contrats en cause, il n'en demeure pas moins qu'en poursuivant un objectif concurrentiel, il édicte des règles protégeant le distributeur contre une dépendance excessive, et pose de ce fait la question de l'adéquation entre la protection du contractant et la logique concurrentielle.

§2 – L'Évaluation de la protection : L'INADÉQUATION DE LA LOGIQUE CONCURRENTIELLE ?

564. L'objectif protecteur de l'intervention communautaire ne peut plus être contesté. Comme le note le professeur Idot, au travers des règlements d'exemption « sous prétexte d'appréhender les clauses anticoncurrentielles, ce qui est son rôle, c'est bien en fait indirectement également à un contrôle des clauses abusives entre professionnels que se livre la Commission »¹¹⁹⁹. Et, effectivement, soit la clause entre dans la catégorie des clauses noires et donc est interdite, soit son exemption est subordonnée à un certain nombre de conditions qui ont pour effet de réduire ou de supprimer le déséquilibre. Il convient donc de se demander si le caractère indirect d'une telle intervention convient à un objectif aussi ambitieux que celui de la protection de la partie faible au contrat. Or, il semble de ce point de vue que l'on soit obligé de constater l'inadéquation de la logique concurrentielle. Des limites théoriques et pratiques viennent mettre en cause la relation existant entre la protection du contractant et la logique concurrentielle.

565. L'objectif du droit de la concurrence n'est pas de remédier au déséquilibre contractuel mais de veiller à la régulation des marchés, comme l'affirme le professeur Malaurie : « Le droit de la concurrence, c'est le droit du marché, qui entend en assurer la régularité et l'équilibre ; il n'a pas pour objet de protéger les faibles »¹²⁰⁰. Cette remarque, faite dans le contexte national, prend toute son ampleur appliquée au plan communautaire. La politique communautaire de concurrence n'a pas été instaurée dans le but de parvenir à un meilleur

1199 - IDOT (L.), La protection par le droit de la concurrence, in : *Les clauses abusives entre professionnels*, sous la dir. de JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.), Economica, Paris, 1998, p. 61.

1200 - MALAURIE (P.), Le droit civil français des contrats à la fin du XX^{ème} siècle, in : *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, pp. 194.

équilibre contractuel mais afin d'éviter que la disparité des règles nationales de concurrence ne vienne entraver la réalisation effective du marché commun. Il faut ajouter à cela, que l'intervention communautaire, en matière de contrats de distribution, est en réalité le fait de la seule Commission européenne, même si celle-ci agit sur habilitation du Conseil des ministres. Constatant l'influence des règlements d'exemption sur l'équilibre contractuel, le professeur Idot poursuit en dénonçant la confusion des rôles au sein des institutions communautaires ¹²⁰¹. La Commission, dont la fonction est de réguler les marchés, aurait en fait détourné ses pouvoirs en matière de concurrence pour élaborer un « statut » protecteur du distributeur, prérogative qui ne pouvait échoir qu'au Conseil des ministres. Au plan théorique l'inadéquation entre la logique concurrentielle et l'objectif de protection est totale, contribuant ainsi à l'incohérence si souvent invoquée des interventions communautaires dans le droit des contrats. Pour être réelle, cette inadéquation n'en est pas moins secondaire. Est-il si important de dissocier les différents éléments ayant présidé à l'adoption d'un texte ? Il s'agit donc de déterminer si, d'un point de vue pratique, la protection du distributeur par la réglementation des effets anticoncurrentiels des contrats qu'il conclut s'avère ou non efficace. La réponse est loin d'être évidente.

566. Les clauses qui ne bénéficient pas de l'exemption, sont toujours sanctionnées parce qu'elles constituent des restrictions de concurrence, et non pas parce qu'elles créent un déséquilibre dans les relations contractuelles. Certaines clauses contractuelles peuvent donc échapper au contrôle communautaire en dépit de leur caractère défavorable à la partie faible au contrat. Pour être condamné, le déséquilibre contractuel doit en conséquence coïncider avec une situation anticoncurrentielle « sanctionnable » au plan communautaire. Un pan non négligeable de pratiques restrictives de concurrence n'est donc pas soumis à l'influence du droit communautaire en vertu de la règle « *de minimis* ». Seuls les accords susceptibles d'avoir un effet sensible sur la concurrence tombent sous le coup de l'article 81-1. Le principe a d'abord été inscrit dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. Dans son arrêt *Volk* ¹²⁰², la Cour a affirmé qu'« un accord échappe à la prohibition de l'article 85-1 lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché en cause ». La Commission a ensuite systématisé cette règle en adoptant une communication « concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85-1 du Traité ». Selon l'expression de D. Kerninon, il s'agit d'une « sorte de franchise accordée aux petites et moyennes entreprises afin d'encourager leurs efforts de promotion » ¹²⁰³. Plusieurs versions de

1201 - IDOT (L.), La régulation communautaire des réseaux de distribution, *op. cit.*, p. 41.

1202 - CJCE, 9 juillet 1969, *Volk*, aff. 5/69, *Rec.* p. 295.

1203 - KERNINON (D.), La liberté dans les contrats de distribution et l'article 85 du traité de Rome, *PA*, 13 mai 1992, p. 34.

cette communication se sont succédées de 1970 à 2001 et il résulte de la dernière réforme ¹²⁰⁴ que le seuil d'applicabilité des règles communautaires de concurrence est aujourd'hui fixé à un niveau plus haut qu'auparavant. Alors que la communication de 1997 ¹²⁰⁵ prévoyait un seuil de 10% de parts de marché au dessous duquel les entreprises échappaient au contrôle communautaire, celle de 2001 prévoit un seuil de 10% pour les accords entre entreprises qui sont des concurrents existants ou potentiels, et de 15% pour les accords entre entreprises non concurrentes, ni actuellement ni potentiellement ¹²⁰⁶. La Commission réaffirme que les accords entre petites et moyennes entreprises, c'est-à-dire ayant moins de 250 salariés et un chiffre annuel inférieur à 40 millions d'Euros, ne peuvent affecter sensiblement le commerce entre Etats membres, et se trouvent exclus de l'application de l'article 81. De ce fait, un déséquilibre entre professionnels ne sera pas appréhendé par le droit communautaire si le contrat qui en est le support n'affecte pas le marché de manière suffisamment sensible. Un exemple révèle particulièrement bien la limite de la protection indirecte. Selon les dispositions du règlement 1475/95, lorsque la résiliation du contrat de distribution automobile intervient pour cause de non réalisation des objectifs de vente, le distributeur pourrait faire valoir l'obligation qui incombe au constructeur de respecter un préavis de deux ans. Or, la jurisprudence française a refusé d'appliquer cette disposition protectrice lorsque le distributeur n'a pu établir l'atteinte portée par le contrat de concession à la concurrence au plan communautaire, dénonçant ainsi l'applicabilité du règlement 1475/95 ¹²⁰⁷. Contenues dans des accords « d'importance mineure » à l'échelle communautaire, certaines stipulations contractuelles déséquilibrées n'obéissent pas aux règles communautaires.

567. Par ailleurs, comme nous l'avons noté précédemment, les modalités de formation d'interprétation et même de résiliation des contrats entre entreprises demeurent soumises au droit national. Cette situation n'est pas satisfaisante puisque les grands contrats de distribution, à vocation transfrontière, se voient donc soumis à deux ordres juridiques différents : l'ordre communautaire et l'ordre national. Or, les disparités existant entre les droits nationaux peuvent entraîner des distorsions de concurrence. Un contrat de franchise exempté peut donc être parfaitement valable en France et pas en Allemagne, dès lors que la nullité retenue se fonde sur d'autres raisons que la violation du droit de la concurrence ¹²⁰⁸.

1204 - Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81§1 du Traité, 2001/C 368/07 ; *JOCE* du 22/12/2001, n° C-368, pp. 13-15.

1205 - Communication concernant les accords d'importance mineure, *JOCE* du 09/12/1997, n° C-372. A l'origine, la Commission retenait deux critères, la part de marché sur lequel l'accord produit son effet et le chiffre d'affaires annuel cumulé des entreprises participantes. La communication de 1997 ne conserve plus que le premier critère.

1206 - Point n° 7 de la communication de 2001.

1207 - CA Paris, 25 juin 1991, *D.*, 1992, somm. p. 287.

1208 - WERRO (F.) BELSER (E. M.) PANTELIDOU (E.), L'impact du droit européen de la concurrence sur le contrat de franchise, in : *L'eupéanisation du droit privé – Vers un Code civil européen ?*, éd. Universitaires, Fribourg, 1998, p. 286.

568. La limite semble assez sévère. Il faut cependant la relativiser. Premièrement, le déséquilibre entre les parties à un contrat de distribution résulte le plus souvent de la puissance économique du fournisseur qui peut se permettre, de fait, d'imposer ses conditions. Or, la règle *de minimis* se fonde précisément sur la puissance économique des deux parties. Les hypothèses dans lesquelles un fournisseur se trouve dans une situation de supériorité telle qu'il peut en résulter un déséquilibre contractuel, et que le contrat conclu ne soit pas couvert par les règles communautaires de concurrence, sans être inexistantes, semblent donc être peu courantes. Deuxièmement, il ne faut pas oublier qu'en ce qui concerne les comportements particulièrement anticoncurrentiels, aucun seuil de part de marché n'est prévu. Le dixième considérant du règlement 2790/1999 établit clairement ce principe, en disposant : « Le présent règlement ne doit pas exempter des accords verticaux contenant des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre les effets positifs mentionnés [...] en particulier des accords verticaux contenant certains types de restriction ayant des effets anticoncurrentiels graves, comme l'imposition d'un prix de vente fixe ou certains type de protection territoriale, doivent être exclus du bénéfice de l'exemption [...] quelle que soit la part de marché des entreprises concernées ». Notons enfin que les autorités nationales ont parfaitement le droit de poursuivre une entreprise alors que l'accord qu'elle a conclu ne rentrait pas dans les critères d'applicabilité des règles de concurrence communautaire. Ce qui force à constater le caractère relatif, en pratique, de l'inadéquation constatée.

569. Il ressort par ailleurs de l'analyse menée au plan du droit français, que la protection indirecte du professionnel en position de faiblesse par l'intermédiaire des règles de concurrence qui viennent s'opposer aux solutions traditionnelles du droit commun¹²⁰⁹, ne semble pas constituer la moins bonne solution. Le professeur Laurence Idot affirme à ce propos « La protection qu'assure le droit de la concurrence est exactement inverse aux objectifs poursuivis. Le droit des pratiques anticoncurrentielles, même s'il n'offre qu'une protection indirecte, paraît en définitive beaucoup plus efficace que la protection directe que cherche à mettre en place depuis maintenant une dizaine d'années le législateur français »¹²¹⁰. C'est ainsi qu'il faut constater avec le professeur Denis Mazeaud le pessimisme de la protection des professionnels par le droit commun¹²¹¹. Au contraire, le droit de la concurrence paraît mieux armé « dans la mesure où précisément les relations entre professionnels, que sont

1209 - En ce sens voir : FAGES (B.) MESTRE (J.), L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat, *in* : *Droit du marché et droit commun des obligations*, actes du colloque organisé les 24 et 25 octobre 1997 à l'Université de Perpignan, *RTDCom*, 1998, 1, pp. 71-81. Voir aussi : Cass. 18 fév. 1992, annulation de la clause qui imposait à un pompiste de restituer les cuves en nature à l'expiration du contrat d'approvisionnement exclusif, en cas de rupture non imputable au fournisseur, *Bull civ.*, IV, n°338, *RTDciv* 1993, p. 124, note Boutard-Labarde.

1210 - IDOT (L.), La protection par le droit de la concurrence, *op. cit.*, p. 57.

1211 - MAZEAUD (D.), La protection par le droit commun, *in* : *Les clauses abusives entre professionnels*, *op. cit.*, p. 53.

les entreprises qui offrent des biens ou des services, constituent son champ d'investigation principal » ¹²¹².

570. C'est donc essentiellement au plan théorique que la protection du contractant professionnel par les règles de concurrence se révèle insatisfaisante. N'envisageant pas les contrats en cause de façon directe, ni la protection contre le déséquilibre comme un objectif à part entière, le droit communautaire doit encore une fois se voir qualifié de droit lacunaire. La notion de droit communautaire des contrats s'en trouve forcément affaiblie. Une solution à la portée des institutions communautaires, pour remédier à cette lacune, consisterait en l'adoption d'une directive par le Conseil, prenant modèle sur celle qui s'applique aux agents commerciaux, qui viendrait porter statut des distributeurs. Une autre option réside dans la protection par les règles du droit commun des contrats, à l'instar de ce qui se fait dans les droits nationaux. Cependant, compte tenu de la faible teneur actuelle de la législation communautaire en matière de règles générales, une telle hypothèse reviendrait à étendre la protection contre les clauses abusives aux relations entre professionnels, en admettant une fois pour toutes que le contractant professionnel peut parfaitement se trouver dans une situation d'inégalité comparable à celle du consommateur dans le cadre d'un contrat d'adhésion. Cette hypothèse aurait le mérite de limiter la spécialisation croissante de l'intervention communautaire en matière contractuelle et par là d'aller dans le sens de la construction d'un véritable droit communautaire des contrats. Remarquons que la Commission européenne a expressément évoqué cette question dans le rapport d'évaluation qu'elle a établi, en 2000, sur l'application de la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ¹²¹³. S'interrogeant sur la différence qui peut exister, en pratique, entre la situation de « l'adhérant » à un contrat d'adhésion, selon que celui-ci agit ou non dans le cadre de son activité professionnelle, elle affirme « Quelle que soit la relation entre entreprises, celles-ci peuvent se retrouver dans une position de faiblesse semblable à celle des consommateurs, lorsqu'elles sont confrontées à des conditions contractuelles générales qui leur ont été imposées ». Constatant qu'actuellement ces situations sont appréhendées par le droit européen de la concurrence, l'institution évoque l'idée d'une plus grande convergence du droit privé des Etats membres. Quel que soit l'intérêt de ce débat, nous ne nous y aventurerons pas davantage. L'objet de cette étude n'était pas de se prononcer sur la manière la plus efficace de protéger le contractant professionnel, mais de déterminer dans quelle mesure le droit communautaire a pu fixer un cadre impératif applicable aux contrats que celui-ci conclut. Or, il ressort de cette analyse que, nonobstant le caractère indirect de la réglementation des contrats de distribution, le droit communautaire de la concurrence a bel et bien créé un statut protecteur de la partie faible aux contrats conclus entre professionnels, qu'il s'agisse des

1212 - Voir : MESTRE (J.), Chron., *RTDCiv.*, 1987, p. 306.

1213 - COM/2000/0248 final, p. 26.

contrats de distribution ou de l'ensemble des contrats soumis aux règlements d'exemptions par catégories.

571. L'intervention du droit communautaire en matière de contrats de distribution était touffue, complexe et fort détaillée. Par ailleurs, certains aspects essentiels de la l'engagement contractuel, comme par exemple la formation des contrats, ont été laissés à la compétence des Etats membres. Enfin, affichant un objectif purement concurrentiel, les dispositions communautaires sont parvenues à imposer un statut impératif des contrats en cause, dont on a pu dire qu'il protégeait davantage la partie faible au contrat que la concurrence. Le professeur Dreifuss-Netter résume parfaitement ce paradoxe en affirmant que si il est exact de dire que le droit de la concurrence se définit « en premier lieu par sa finalité économique et en second lieu par sa fonction qui est de promouvoir un ordre public de protection », il n'en demeure pas moins que la concurrence « est tantôt protégée en elle-même, tantôt à travers la protection d'une catégorie d'agent économique, ce qui confère à ces règles un léger parfum d'ordre public de protection »¹²¹⁴. La réforme entreprise en 1999 a considérablement modifié les méthodes utilisées jusqu'alors ; pour autant, les solutions que fait prévaloir la Commission européenne dans le nouveau règlement et dans les lignes directrices qui l'accompagnent, diffèrent peu de celles qui ont fait la réputation de la politique communautaire en matière d'exemption. Pour cet ensemble de raisons, il est possible de considérer la saisine des contrats de distribution par le biais des règlements d'exemption comme une image exagérée de l'ensemble de l'intervention communautaire en matière contractuelle.

1214 - DRIEFUSS-NETTER (F.), Droit de la concurrence et droit commun des obligations, *RTDCiv*, 1990, n°3, spec. pp. 369-370.

CONCLUSION DU TITRE II

572. Sans être abordée de façon univoque par le droit communautaire, la plupart des contrats commerciaux conclus entre professionnels, font l'objet d'une intervention d'origine européenne. Dans un cas particulier, celui du contrat d'agence, les institutions communautaires ont estimé nécessaire d'adopter une directive portant statut protecteur de l'agent. Dans tous les autres cas, c'est par le biais de la politique de concurrence, que les relations entre professionnels sont abordées. Pourtant, il ressort des développements qui précèdent que l'influence du droit communautaire sur les relations contractuelles entre professionnels est guidée par un ensemble de lignes directrices. Tout comme la protection du contractant profane, les garanties accordées, directement ou indirectement, aux contractants professionnels, présentent une certaine cohérence au plan matériel qui résulte sans aucun doute de la construction progressive d'une culture communautaire de la concurrence ¹²¹⁵. D'un côté, les conditions et modalités de formation des contrats sont largement laissés à la liberté contractuelle, reprenant en cela le principe du consensualisme cher au droit national. De l'autre, le contenu et l'application des contrats font l'objet de dispositions spécifiques, dont l'idée générale est de préserver l'indépendance de la partie faible –le distributeur concernant les exemples étudiés. Que ce soit par l'instauration directe de certains droits au profit de l'agent commercial (droit à la commission, droit à l'indemnisation...) ou par l'interdiction indirecte de certaines stipulations contractuelles trop contraignantes, l'équilibre contractuel entre professionnels constitue l'un des objectifs de la réglementation communautaire des relations d'affaires. Si l'intervention communautaire en matière de contrats passés avec des profanes avait pour but de pallier l'ignorance de ces derniers, l'encadrement des accords commerciaux conclus entre professionnels a pour objectif de réduire les effets de la « surpuissance » économique des professionnels qui les rédigent.

1215 - PRIETO (C.), La culture européenne de concurrence, Droit 21, 2002, EROO7, www.droit21.com

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

572. Parmi les constats que cette deuxième partie aura permis d'établir, quelques uns doivent être rappelés. Tout d'abord, le droit communautaire a créé un statut impératif s'appliquant à une variété de contrats. Malgré cette variété, il est possible d'affirmer que deux grandes catégories de contrats ont fait l'objet de l'attention des institutions communautaires : les contrats conclus entre un profane et un professionnel et ceux passés entre professionnels. Ensuite, cette dissociation, si elle méconnaît les distinctions classiques du droit civil français, suit une logique propre : le droit communautaire s'attache davantage à la qualité des contractants qu'à celles des conventions signées par ces derniers. Enfin, malgré la diversité des domaines d'intervention et des instruments utilisés, une certaine unité matérielle guide l'action communautaire. Il s'agit, *grosso modo*, de protéger la partie faible au contrat, au moyen de techniques déjà éprouvées par les législations nationales.

573. Le danger que représentent les règles communautaires de protection des consommateurs pour la force obligatoire des contrats a souvent constitué le fond des critiques émises à l'encontre de l'intervention communautaire. Nombreux sont les auteurs qui accusent le droit communautaire de participer au saccage du droit commun des Etats membres au nom de la protection du consommateur. Le droit de rétractation accordé à celui-ci, dans le cadre des contrats conclus en dehors des établissements commerciaux ou à distance, stigmatise parfaitement ces critiques. On affirme régulièrement que si le droit de la consommation rompt avec le droit commun des obligations, c'est essentiellement le fait du droit communautaire. Les conséquences négatives de l'intervention communautaire sur l'équilibre contractuel, ont aussi été décriées. L'idée générale est que l'addition des protections spéciales accordées au consommateur conduit à une surprotection¹²¹⁶ de celui-ci au détriment du cocontractant professionnel empêchant ainsi tout équilibre contractuel. Les mêmes critiques ont été émises concernant l'intervention du droit communautaire de la concurrence sur la relation contractuelle entre professionnels. L'idée générale qui sous-tend l'ensemble de ces réserves est que l'intérêt du marché commun ne devrait pas limiter la liberté contractuelle, en superposant un ordre public de protection et un ordre public de direction. Il est incontestable que l'action communautaire a impliqué des limites au principe de la liberté contractuelle, à celui de la force obligatoire des contrats et qu'elle a contribué à la spécialisation des droits nationaux du contrat. Il faut pourtant affirmer que cette tendance, loin d'être le fait du seul

1216 - SINAY-CYTERMANN (A.), Protection ou surprotection du consommateur ?, *JCP*, 1994, Ed. G, I, n° 3804.

droit communautaire, constitue au contraire une réalité d'abord nationale ¹²¹⁷. Or, ici aussi, le droit communautaire, n'a fait que généraliser les solutions qu'avaient déjà adoptées les Etats membres dotés des législations les plus avancées, au premier rang desquels figure la France. L'élaboration des textes communautaires est précédée quasi-systématiquement d'une étude de droit comparé des différents systèmes juridiques européens. Les propositions de directives ou de règlements formulées par la Commission sont le plus souvent accompagnées des résultats de ces études. Des spécialistes des droits des différents Etats membres participent activement à la préparation de ces projets. Dès lors, il est possible d'affirmer, à l'instar du professeur Huet que « tout se passe un peu comme si l'on puisait ce qu'il y a de meilleur dans chacun [des droits des Etats membres] » ¹²¹⁸. En généralisant ainsi les solutions communes à la grande majorité des droits nationaux, le législateur communautaire reprend et enrichit les règles générales qui forment la culture européenne du contrat.

1217 - Voir *supra* : première partie.

1218 - HUET (J.), Les sources communautaires du droit des contrats, *op. cit.*, p. 13. Dans le même sens : POILLOT-PERUZETTO (S.), *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Dalloz, Paris, 1998, n°69.

CONCLUSION GÉNÉRALE

574. Affirmant il y a plus d'un demi-siècle « [...] en vérité, les faibles sont partis à la conquête du Droit »¹²¹⁹, Josserand ne pouvait imaginer que cette pensée, déjà visionnaire au plan national, pourrait faire figure de prophétie concernant le droit communautaire des contrats. Il n'aurait d'ailleurs peut-être pas pensé possible qu'une telle notion de droit communautaire des contrats puisse un jour apparaître sous la plume d'un juriste français.

575. Il nous appartenait d'établir l'existence de ce droit. Avec pour référentiel l'ordre juridique qui nous est familier, et en gardant à l'esprit les particularités de ceux de nos voisins, nous avons essayé de déterminer si les deux grands pôles du droit des contrats, le droit commun et le droit spécial, étaient suffisamment constitués au plan communautaire pour permettre d'affirmer l'existence d'un droit communautaire des contrats.

576. L'analyse formelle des différents textes d'origine communautaire susceptibles de former un tel *corpus juris* nous conduit à la conclusion que la formation de celui-ci, est loin d'être achevée. Le droit communautaire, d'abord, ne contient pas un ensemble suffisant de règles générales pour former un droit commun des contrats qui lui serait propre. Seuls quelques textes pourraient prétendre à une telle généralité : on pense ici aux directives sur les clauses abusives, le commerce et les signatures électroniques. Mais leur applicabilité, essentiellement consumériste, leur ôte leur portée générale. La faisabilité du droit commun communautaire a pourtant été établie, à travers les Principes du droit européen du contrat, instrument dépourvu de valeur obligatoire, mais dont la cohérence matérielle et la portée doctrinale laissent à penser qu'ils pourront servir de modèle effectif à l'ordre juridique communautaire.

577. Cherchant à savoir si l'existence de règles spéciales suffisamment nombreuses pouvait pallier la difficile construction du droit commun en établissant l'existence d'un droit spécial des contrats au plan communautaire, nous avons dû relever les incohérences des règles, effectivement nombreuses, relevant du droit spécial. Le caractère parcellaire et lacunaire de ce corps de règles a d'abord été constaté : l'intervention communautaire ne touche qu'une partie limitée des questions juridiques posées en matière contractuelle. Seuls quelques contrats « très

1219 - JOSSERAND (L.), *Evolutions et actualités, Conférence de droit civil*, Sirey, Paris, 1936, p. 160.

spéciaux » sont spécifiquement encadrés, laissant vierges de toute influence communautaire directe, de nombreux contrats de la vie quotidienne, tels le contrat de vente, de bail, ou de dépôt. Les contrats réglementés, quant à eux, ne le sont que pour certains aspects spécifiques. Les instruments juridiques utilisés par les institutions communautaires présentent, par ailleurs une certaine « instabilité » qui n'est pas sans rappeler la fameuse « logique du flou » prônée par le professeur Delmas-Marty¹²²⁰. Celle-ci serait une aptitude à comprendre de façon non linéaire, à penser et à raisonner en termes non précis, non quantitatifs, à prendre le meilleur de chaque système normatif pour parvenir à un « pluralisme juridique ordonné »¹²²¹.

578. Il semble toutefois que le choix d'une intervention impérative ou incitative, souple ou dirigiste ne soit pas le fruit d'une pensée juridique européenne, mais relève d'une appréciation au cas par cas, en fonction des difficultés de la matière, des disparités nationales mais aussi des règles d'exercice des compétences communautaires. Il ressort de l'étude menée que l'étendue et l'intensité de l'intervention communautaire en matière contractuelle n'est que le fruit des spécificités de l'ordre juridique communautaire. Le principe des compétences d'attribution, à lui seul, commande la retenue des institutions que vient encore justifier le principe de subsidiarité. Est-ce à dire que le développement du droit communautaire des contrats ne présente aucune originalité au regard d'autres domaines d'intervention ? Que les règles gouvernant l'ordre juridique communautaire viennent, de toute façon, empêcher toute réflexion sur le sujet ? Nous sommes convaincus du contraire et avons essayé, dans la première partie de cette étude, d'établir les fondements juridiques d'une intervention communautaire en matière de contrat.

579. La réglementation des relations contractuelles présente, selon nous, un intérêt communautaire évident. Même en se tenant à une approche purement économique de l'intégration communautaire, approche probablement réductrice au regard de la réalité européenne, la saisine des questions contractuelles par le législateur communautaire est pleinement justifiée. Le contrat, quel que soit sa forme, sa catégorie, constitue le premier moyen de réaliser une opération économique. La libre circulation des marchandises ne se réalise qu'au travers de la conclusion de nombreux contrats de vente. La même remarque peut être faite concernant les autres grandes libertés communautaires : libre circulation des services, des capitaux et des personnes¹²²². Sans contrat, aucune des opérations économiques qui sous-

1220 - DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit – Du Code pénal aux droits de l'homme*, PUF, Paris, 1986, 332 p.

1221 - *Ibid*, pp. 331-332.

1222 - Un auteur pointe parfaitement le problème en estimant que l'on se trouve ici face à un cas d'application de la question classique de la poule et de l'œuf : « In fact, it seems that the final question is of a chicken-and-egg kind : do we want a European code because it will foster integration, or do we want to have it only after integration is already been achieved ? As in all chicken-and-egg problem, there is no clear-cut answer to the question ». ANTONIOLLI DEFLORIAN (L.), *The European institutional structure, legal integration and the Europeanisation of private law*, in : *L'eupéanisation du droit privé – Vers un Code civil européen ?*, éd. Universitaires, Fribourg, 1998, p. 37.

tendent la construction européenne, ne serait envisageable. Dans cette optique, l'intervention des institutions communautaires, afin de rendre la conclusion des contrats plus aisée, plus sûre aussi, ne peut plus être considérée comme un dépassement de leurs compétences. D'ailleurs dans le même sens, en gardant à l'esprit que le contrat et la monnaie constituent les deux moyens traditionnels des échanges, et considérant le passage récent à la monnaie unique européenne, il semblerait même que l'on puisse affirmer que l'absence d'intervention en vue d'une harmonisation plus poussée du droit des contrats, soit une lacune imputable aux institutions communautaires.

580. Si l'on s'en était tenu à l'analyse du domaine et des méthodes de l'intervention communautaire en matière contractuelle, le bilan de l'étude aurait risqué d'être purement négatif. Or, l'étude d'un secteur juridique ne peut se limiter à une approche superficielle. Nous avons donc essayé d'analyser le contenu matériel de l'intervention communautaire. Ce ne fut pas chose aisée, compte tenu du caractère particulièrement spécialisé de la matière. C'est pourtant assez facilement que nous avons pu établir l'existence de règles communautaires relatives à la conclusion, au contenu et à l'application de certains contrats. Sans parti pris, ces règles ont dû être analysées comme des règles protectrices de la partie faible au contrat. A travers des objectifs économique, réalisation du marché intérieur, libre concurrence, ce sont les droits des contractants les plus faibles qui ont été protégés. S'inscrivant parfaitement dans la tendance actuelle qui considère la relation contractuelle non pas comme un rapport inter-individuel mais comme la manifestation d'antagonismes collectifs ¹²²³, en vertu de laquelle « la conception traditionnelle, aseptique, neutre de contrat paraît désormais perdue » ¹²²⁴, l'intervention communautaire s'est centrée sur la protection des intérêts de deux catégories de contractants : le profane et le professionnel. Tout comme le droit civil national, qui a rompu depuis longtemps maintenant avec l'idée de l'égalité théorique entre les parties, les institutions communautaires ont encadré la formation, le contenu, et l'extinction des contrats en fonction de la faiblesse de l'une des parties. Il a été établi que, contrairement aux critiques qui sont régulièrement adressées à son enseigne, le droit communautaire a suivi de véritables lignes directrices dans son souci de protection. Autant l'incohérence formelle de son intervention était visible autant le contenu de celle-ci manifeste une évidente cohérence. Tout d'abord, la protection de la partie faible au contrat est assurée de manière distincte en fonction de la qualité de cette dernière. Lorsque le contrat est conclu par un contractant profane, l'accent est mis sur le formalisme contractuel. La réglementation de la période pré-contractuelle, comme de la formation du contrat, obéit à des principes récurrents : instauration d'une obligation d'information pré-contractuelle, consécration de la valeur obligatoire de certaines offres publicitaires, fixation d'un contenu obligatoire du contrat... tout est fait pour pallier les

1223 - TERRE (F.) SIMLER (P.) LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 6ème éd. 1996, n°12, p. 15.

1224 - ALPA (G.), Les nouvelles frontières du droit des contrats, *RIDC*, 1998, n°4, p. 1030.

connaissances insuffisantes du contractant. Mais l'intervention ne porte pas uniquement sur les aspects formels de la relation contractuelle et la recherche de l'équilibre contractuel passe aussi par la réglementation du contenu matériel des contrats. De ce point de vue, les dispositions de la directive clauses abusives doivent être considérées comme une protection générale accordée au contractant-consommateur, quel que soit le contrat qu'il conclue. Des protections plus spécifiques sont aussi établies par la réglementation de la responsabilité contractuelle du contractant professionnel, qu'il soit voyageur ou vendeur. Lorsque le contrat est conclu entre professionnels, la réglementation communautaire se limite à une approche matérielle. Les compétences propres au professionnel rendent inutile une intervention sur la forme et les modalités de conclusion de ces contrats. Seul leur contenu est contrôlé, de façon indirecte, par l'intermédiaire des dispositions des règlements d'exemption qui retirent le bénéfice de celle-ci aux contrats comportant des clauses « gravement anticoncurrentielles », qui, de fait, sont aussi « gravement déséquilibrées » en faveur de la partie forte. Si l'on essaie de résumer, on peut constater qu'il y a intervention sur la formation des contrats seulement lorsque le contractant n'a pas les connaissances suffisantes pour s'engager en toute connaissance de cause, et qu'il y a, dans tous les cas, une intervention sur le contenu des contrats, visant un relatif équilibre contractuel. Les domaines et les méthodes sont variables, mais l'objectif poursuivi ne l'est pas. Comment, dans ces conditions, ne pas affirmer qu'à travers cette réglementation des contrats spéciaux, orientée vers la protection de la partie faible, le droit communautaire a posé les bases d'un véritable droit des contrats ? Comment ne pas s'écrier avec Josserand que la protection des faibles a participé à la construction de ce droit ? La cohérence des droits des contractants, ne vient-elle pas pallier l'incohérence du droit des contrats, ravivant ainsi le lien étroit qui unit le grand Droit (le droit objectif) et le petit droit (le droit subjectif) ?

581. L'objet de l'étude était de déterminer la réalité de l'existence d'un droit communautaire des contrats. La conclusion à laquelle nous sommes parvenus -le droit communautaire des contrats est un droit en constitution progressive-, la communication de la Commission européenne adoptée en juillet 2001 et la force des réactions doctrinales qu'elle a eu le mérite d'entraîner, nous forcent à envisager les solutions qui conduiront à la reconnaissance officielle du droit communautaire des contrats. Si, la faisabilité et l'utilité d'un droit commun des contrats ont été démontrées, il semble que la constitution d'un tel droit se heurtera à de nombreuses oppositions politiques et juridiques. Pour cette raison, la solution qui consiste à inclure un ensemble de règles formées sur le modèle des principes Lando au sein d'une convention, nous semble préférable. Cette solution a le mérite d'éviter les écueils de l'uniformisation. Elle permet, en outre, de ne pas avoir à résoudre la question de la base juridique et des compétences communautaires adaptées. Par ailleurs, rien n'interdit de penser que si une telle convention rencontre le succès pratique qu'elle mérite, elle puisse, à plus ou moins long terme, être transformée en un instrument communautaire plus ou moins

contraignant. Dans cette hypothèse, il faut envisager le développement du droit spécial des contrats. Naturellement l'avenir de ce corps de règles semble devoir rencontrer moins de limites. Malgré les grandes transformations qui l'ont touché, le droit communautaire demeure essentiellement un droit du marché. Les règles consuméristes et concurrentielles qui forment ensemble le fond de ce « droit du marché »¹²²⁵, n'auront pas de mal, juridiquement, à se développer, quantitativement et qualitativement, pour permettre de former un vrai droit spécial des contrats au plan communautaire. Le propre de ce que l'on nomme le droit du marché est de transcender les catégories traditionnelles du droit national, comme la distinction classique entre droit public et droit privé, mais aussi de perturber l'ensemble des règles générales applicables aux contrats¹²²⁶. Rappelons simplement que le droit romain, qui n'était pas « classé par ordre de matières »¹²²⁷, était « comme beaucoup d'aspects du droit contemporain des contrats, un droit pragmatique procédant de statut spécial par statut spécial »¹²²⁸ et ne connaissait pas le droit commun des contrats. Au risque de contredire les observateurs les plus pessimistes, il est ainsi possible d'affirmer que l'achèvement du droit communautaire des contrats finira par à se réaliser même s'il ne peut posséder les caractéristiques que l'on prête au droit national des contrats qui se présenterait comme un tout complet, cohérent et rationnel.

582. En un sens, ceux qui affirment que le Code civil n'était pas « un instrument communautaire »¹²²⁹, ont parfaitement raison. En France, comme dans les autres pays de droit écrit, le droit civil et le droit des contrats présentent un indéniable avantage historique. Produit d'un effort considérable de codification, le Code civil français a surtout été patiné par deux siècles d'interprétation jurisprudentielle et doctrinale ; car c'est bien la doctrine qui « a permis d'acclimater les juristes français à un monument législatif qui a largement bouleversé leurs habitudes de pensée en même temps que le droit positif »¹²³⁰. Comparer le droit français des contrats à son « petit cousin communautaire » relève, pour cette raison, d'une forme d'injustice : cela revient à reprocher à ce dernier les conséquences de sa jeunesse mais aussi de caractère largement pragmatique. Dans le domaine contractuel, comme dans tout autre domaine d'action, la réalité du droit communautaire doit être admise quelles que soient ses limites et, même mieux, avec ses limites. Une intervention communautaire dans un domaine donné, ne trouve pas nécessairement une véritable équivalence dans les droits nationaux.

1225 - Selon l'expression du professeur PICOD (Y.), Rapport introductif in : *Droit du marché et droit commun des obligations*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 octobre 1997 à l'Université de Perpignan, *RTDcom*, 1998, 1, p. 1.

1226 - GUYON (Y.), Rapport de synthèse, in : *Droit du marché et droit commun des obligations*, *op. cit.*, p. 123.

1227 - BIGOT DE PREAMENEU, Exposé des motifs de la loi sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général, Séance du 7 pluviose an XII, cité in : MALAURIE (P.), *Droit romain des obligations. Droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui*, *JCP*, 19 juillet 2000, n°29, p. 1416.

1228 - MALAURIE (P.), *Droit romain des obligations...*, *op. cit.*, p. 1420.

1229 - CORNU (G.), Un code civil n'est pas un instrument communautaire, *D.*, 2002, n°4, pp. 351-352.

1230 - JAMIN (C.), Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité – A propos du centenaire du congrès international de droit comparé de Paris, in : *Variations autour d'un droit commun – Travaux préparatoires*, Société de législation comparée, Paris, 2001, p. 33.

Raisonner autrement, c'est perdre de vue la spécificité de l'intégration européenne qui ne peut être saisie par des juristes nationaux travaillant exclusivement avec leur propre méthode et leurs propres concepts. En gardant à l'esprit l'approche fonctionnelle du droit que retenaient les pères fondateurs de l'Europe et en privilégiant l'hypothèse moins ambitieuse de l'achèvement d'un corps de règles directement en rapport avec le Marché unique, une partie du chemin qui mène vers un droit communautaire des contrats est déjà accomplie.

583. Si un « Code civil européen » doit voir le jour, il ne pourra s'agir que d'une analogie symbolique et quelque peu passéiste, avec le processus de codification qui a caractérisé l'évolution des droits privés européens au XIX^{ème} siècle. L'hypothèse, pourtant, a eu le mérite d'obliger la communauté des juristes à commencer à se prêter à une profonde réflexion sur le sujet. Les diverses opinions déjà émises, qu'elles soient utopiques, enthousiastes ou franchement hostiles, ont déjà permis la mise en place d'un cadre favorable à l'évolution du droit.

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- Accords
 - notion : 9 ; 515
 - entre entreprises concurrentes : 543
 - d'importance mineure : 274 ; 566
 - horizontaux : 171
 - verticaux : 173 ; 249
- American Law institute* : 28
- Base juridique : **128 et s.** ; 137 ; 152 ; **186 et s.** ; 195
- Bonne foi : 44 ; 45 ; 119 ; 271 ; 296 ; 485
- Carte bancaire : 448 et s.
- Changement de circonstances : 58 ; 60
- Clauses
 - abusives : 48 ; 54 ; 89 ; 178 ; 195 ; **277 et s.**
 - exclusivité (d') : 552 et s. ; 556 et s.
 - non-concurrence (de) : 506 et s. ; 549 ; 562
 - intermédiaire (de) : 398 et s.
- Code franco-italien : 31
- Codification : 5 ; 145 ; 582
- Collaboration (devoir de) : 44 ; 45, 57
- Commerce électronique : 88 ; 176 ; 195 ; 325 ; 343 ; 368
- Compétences
 - d'attribution : 126 ; 182 ; 186
 - subsidiaires : 136
- Common Law* : 107 et s.
- Concentrations : 168 ; 515
- Contrat :
 - notion : 4 ; 8 ; 9 ; 24 ; 111
 - achat exclusif (d') : 169 ;
 - adhésion (d') : 207 ; 267 ; 270 ; 462 ; 570
 - agence commerciale (d') : 179 ; 193 ; **465 et s.**
 - assurance (d') : 179 ; 194
 - bail (de) : 157
 - bière (de) : 169 ; 538
 - conclus à distance : 86 ; 175 ; 180 ; 323 ; **366 et s.**
 - conclus hors des établissements commerciaux : 86 ; 175 ; 180 ; 322 ; **325 et s.** ; **366 et s.**
 - crédit (de) : 161 ; 190 ; 203 ; **423 et s.**
 - dépôt (de) : 190
 - distribution (généralité) : 515

- distribution automobile (de) : 172 ; 173 ; 249 ; 515 ; **518 et s.** ; **535 et s.** ; 241 ; 540
- distribution exclusive (de) : 169 ; 515
- distribution sélective (de) : 238 ; 515
- échange (d') : 162
- franchise (de) : **170** ; 188 ; 515 ; **548 et s.**
- licence de brevet (de) : 171
- licence de savoir-faire (de) : 171
- mandat (de) : 162 ; 191
- prêt (de) : 161 ; 190
- recherche et développement (de) : 171
- spécialisation (de) : 172 ; 245
- station-service (de) : 169
- *timeshare* (de) : 167 ; 187 ; **404 et s.**
- transfert de technologie (de) : 171
- vente (de) : 158 ; 202 ; 370 et s.
- voyage à forfait (de) : 166 ; 187 ; **380 et s.**
- Conseil européen Tempere : 2 ; 77
- Consensualisme : 46 ; 266
- Consideration* : 114
- Consommateur (notion) : 268 ; 287 ; 330 ; 570
- Convention
 - acte juridique : 141 et s.
 - de Rome : 101
 - de Bruxelles : 102 ; 103
 - de Vienne : 32
- Coûts de transaction : 99 ; 135

Culture juridique : 106 et s. 118 et s.

De minimis (v. *accords d'importance mineure*)

Défaut de conformité : 372

Démarchage (v. *contrats conclus hors des établissement commerciaux*)

Directive : 215 ; 220

Distribution (notion) : 169 ; 515

Doctrine : 72 et s.

Droit :

- commun des contrats : 8 ; 17 ; 83 ; 112
- comparé : 78 ; 114 ; 122
- de résiliation : 352 ; 416 et s.
- de rétractation : 350 et s. ; 413 et s.
- spécial des contrats : 8 ; 17 ; 112 ; 150

Durée du contrat : 519 ; 530 et s.

Effet direct : 256 et s.

Exécution forcée : 57

Fonctionnalisme : 182 ; 183

Force majeure : 59

Garantie des biens de consommation : 158 ; 197 ; **370 et s.**

Harmonisation : 213 et s. ;

- minimale : 221 ; 222
- optionnelle : 224

Importations parallèles : 553 ; 557

Indemnité de rupture : 502

Insécurité juridique : 98

Interprétation

- conforme (principe d') : 257

- des contrats : 53 ; 310 ; 311
- Jus commune* : 21 ; 24 et s.
- Lésion : 54
- Livraisons croisées : 557
- Marché intérieur : 135
- Multilinguisme : 123
- Multimarquisme : 555
- Multipropriété (v. *contrat de timeshare*)
- Nemo auditur* : 114
- Ordre public : 252 et s. ; 509
- Petites et moyennes entreprises (PME) :
99 ; 135 ; 202
- Préavis : 499 et s. ; 523 et s.
- Principes Lando : 21 ; 38 et s.
- Savoir-faire : 170 ; 548
- Signature électronique : 87 ; 176 ; 195
- Specific Performance* : 57
- Subsidiarité : 198 et s.
- Transfert des risques : 354
- Théorie générale du contrat : 8 ; 17
- Unidroit : 33 et s.
- Unification : 214
- Uniform Commercial Code* : 29
- Uniformisation : 214
- Vices du consentement : 51 ; 83
- Virements transfrontaliers : 176 ; 195 ;
447
- Prix :
 - Détermination : 52
 - Imposés : 545
- Proportionnalité : 140 ; 234 ; 216 ; 232
- Recommandation : 227 et s.
- Règlement : 217 ; 219
- Règles de conflits : 100 et s.
 - d'exemption par catégories :
235 et s. ; 238 et s.
- Responsabilité
 - du professionnel : 58 ; 397
 - du fait des produits défectueux : 159
- Restatement* : 28 ; 30 ; 33 ; 34 ; 63 ; 73
- Retard de paiement : 196

BIBLIOGRAPHIE

I - DOCTRINE

A – OUVRAGES

1 - Monographies

ARNAUD (A.J.), *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, Paris, 1991, 304 p.

ATIAS (C), *Epistémologie juridique*, PUF, Paris, 1985, 222 p.

AUBRY (H.), *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, Thèse, Paris IX, 2000, 463 p.

BALDI (R.), *Le droit de la distribution commerciale dans l'Europe communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1988, 292 p.

BELLISSENT (J.), *Contribution à l'étude de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultats*, LGDJ, Paris, 2001, 527 p.

BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, Paris, 4^{ème} éd., 1999, 617 p.

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 3^{ème} éd., 1999, 346 p.

BONELL (M.J.), *An international Restatement of contract law, the UNIDROIT Principles of international Commercial contracts*, Transnational Publications Inc. Irvington, New-York, 1997, 252 p.

BOULANGER (F.), *Tourisme et loisirs dans les droits privés européens*, Economica, Paris, 1996, 180 p.

- CALMES (S.), *Du principe de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, Paris, 2001, 711 p.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil – Introduction*, PUF, Paris, 25^{ème} éd., 1997, 350 p.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil – Les obligations*, PUF, Paris, 22^{ème} éd., 2000, 665 p.
- CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, LGDJ, Paris, 6^{ème} éd, 1988, 382 p. et 10^{ème} éd., 2001, 493 p.
- CLAUDEL (E.), *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Thèse, Paris X, 1994.
- CORNU (G.), *Droit civil, Les contrats*, Les cours de droit, Paris, 1972-1973, 591 p.
- CORNU (G.), *Regards sur le titre III du livre III du Code civil, « des contrats ou des obligations conventionnelles en général » ; Essai de lecture d'un titre du Code civil*, DEA de droit privé, Les cours de droit, Paris, 1977, 217 p.
- DE MATOS (A.-M.), *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne*, Thèse, Aix-Marseille, 1999, 580 p.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Droit commercial*, Domat, Montchrestien, Paris, 7^{ème} éd, 2001, 547 p.
- DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit – Du Code pénal aux droits de l'homme*, PUF, Paris, 1986, 332 p.
- DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Seuil, Paris, 1994, 305 p.
- DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. VI, éd. Rousseau, Paris, 1931, 756 p.
- FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, Litec, Paris, 2^{ème} éd., 2000, 353 p.
- GAUDEMET (J.), *Droit privé romain*, Montchrestien, Domat, Paris, 2^{ème} éd., 1998, 429 p.
- GAUTIER (J.-Y.), *Droit civil, Contrats spéciaux*, sous la dir. de MALAURIE (P.) AYNES (L.), Cujas, Paris, 14^{ème} éd., 2001, 687 p.
- GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *Elaboration technique du droit positif*, Recueil Sirey, Paris, 1921, 522 p.
- GHESTIN (J.), *Traité de droit civil- la formation du contrat*, LGDJ, Paris, 3^{ème} éd., 1993, 976 p.
- GHESTIN(J.), DESCHE (B.), *Traité de droit civil – La vente*, LGDJ, Paris, 1990, 1146 p.
- GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé ; Contribution à l'étude critique de l'individualisme*, thèse, Dijon, 1912, 470 p.

- HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Quadrige, Paris, 1996, 384 p.
- HALPERIN (J.-L.), *L'impossible Code civil*, PUF, Paris, 1992, 309 p.
- HUET (J.), *Traité de droit civil - Les principaux contrats spéciaux*, sous la dir. de Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 2^{ème} éd., 2001, 1697 p.
- JALUZOT (B.), *La bonne foi dans les contrats – étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, Paris, 2001, 605 p.
- JOSSERAND (L.), *Evolutions et actualités, Conférence de droit civil*, Sirey, Paris, 1936, 183 p.
- JOLOWICZ (J.A.), *Droit anglais*, Dalloz, Paris, 1992, 487 p.
- KÖTZ (J.-H.), *Europäisches Vertragsrecht*, Tübingen, 1996.
- LARDEUX (G.), *Les clauses standardisées en droit français et en droit allemand*, Thèse, Paris 2, 1999, 572 p.
- LARROUMET (C.), *Droit civil*, t. 3, *Les obligations – Le contrat*, Economica, Paris, 4^{ème} éd., 1998, 957 p.
- LELIEVRE-BOUCHARAT (M.), *Contribution à la théorie des contrats de distribution : étude de droit français et droit anglais*, Thèse, Aix-Marseille III, 2000, 401 p.
- LELOUP (J.-M.), *Les agents commerciaux - Statuts juridiques, stratégies professionnelles*, Delmas, Paris, 4^{ème} éd., 1998, 319 p ; 5^{ème} éd., 2001, 330 p.
- LITTRY (O.), *Inégalité des parties et durée du contrat ; étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, Paris, 1999, 484 p.
- MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, Paris, 2^{ème} éd., 2000, 388 p.
- MAZEAUD (H.) (L.) (J.) CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, Tome II, *Obligations – théorie générale*, Montchrestien, Paris, 9^{ème} édition, 1998, 1353 p.
- MILLION-DELSOL (C.), *Le principe de subsidiarité*, PUF, coll. Que sais-je, Paris, 1993, 126 p.
- PANCRAZI-TIAN (M.-E.), *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, 439 p.
- PEDAMON (M.), *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, Paris, 1993, 245 p.
- PICHERAL (C.), *L'ordre public européen ; Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La documentation Française, coll. Monde européen et international, Paris, 426 p.
- PIE XII, *Quadragesimo Anno*, Actae Apostolicae Sedis, XXIII, 1391.

PORTALIS (J.E.M.), *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, éd. Confluences, coll. « voies de la cité », Paris, 1999, 77 p.

PRADEL (J.) CORSTENS (G.) *Droit pénal européen*, Paris, Dalloz, 2002, 570 p.

PY (P.), *Droit du tourisme*, Dalloz, Paris, 1996, 4^{ème} éd., 419 p.

RIDEAU (J.), *Droit institutionnel des Communautés et de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 3^{ème} éd., 1999, 1092 p.

ROULAND (N.), *Introduction historique au droit*, PUF, Paris, 1998, 722 p.

SAVAUX (E.), *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, LGDJ, Paris, 1997, 382 p.

SEROUSSI (R.), *Introduction aux droits anglais et américain*, Dunod, Paris, 1999, 188 p.

STORME (M.), *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1994, 225 p.

TAISNE (J.-J.), *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, Thèse, Lille, 1976-1977, 613 p.

VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, 856 p.

VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1999, 225 p.

ZOÏA (M.), *L'incidence du droit communautaire sur les contrats spéciaux*, Thèse, Toulouse, 1999, 582 p.

2 - Ouvrages collectifs

ANTONMATTEI (P.-H.) RAYNARD (J.), *Droit civil - Contrats spéciaux*, Litec, Paris, 3^{ème} éd., 2002, 540 p.

BEHAR-TOUCHAIS (M.) VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, Paris, 1999, 938 p.

CALAIS-AULOY (J.) STEINMETZ (F.), *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 5^{ème} éd., 2000, 607 p.

CAPPELLETTI (M.), [sous la direction de], *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruylant, Bruxelles, 1978, 406 p.

CHAVANNE (A.) BURST (J.-J.), *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris, 1998, 904 p.

- COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Paris, 5^{ème} éd., 2001, 914 p.
- DAVID (R.) PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, Paris, 2^{ème} éd., 1985, 382 p.
- DAVID (R.) JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 10^{ème} éd., 1992, 523 p.
- DE LAMBERTERIE (I.), ROUHETTE (G.), TALLON (D.), *Les Principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, La documentation française, Paris, 1997, 293 p.
- DELMAS-MARTY (M.) VERVAELE (J.), *Corpus juris*, Economica, Paris, 1997, 179 p.
- DE WITTE (B.) FORDER (C.), [sous la direction de], *Le droit commun de l'Europe et l'enseignement juridique*, Kluwer, Maastricht, 1992, 764 p.
- GAVALDA (C.) PARLEANI (G.), *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, Paris, 3^{ème} éd., 1999, 442 p.
- GOLDMAN (B.) LYON-CAEN (A.) VOGEL (L.), *Droit commercial européen*, Dalloz, Paris, 1994, 835 p.
- HARTAMP (A.) HESSELINK (M.) HONDIUS (E.) JOUSTRA (C.) DU PERRON (E.), *Toward a European civil Code*, Kluwer, La Haye, 2^{ème} éd., 1998, 652 p.
- JAMIN (C.) MAZEAUD (D.), [sous la direction de], *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, Paris, 2001, 178 p.
- KÖTZ (J.-H.), FLESSNER (A.), *European Contract Law*, Vol. 1 : Formation, Validity and content of contracts ; Contracts and third parties, Clarendon Press, 1997.
- LANDO (O.) BEALE (H.), *Principles of European Contract Law Parts I and II*, Kluwer Law international, 2000. Version disponible sur le site internet de la Commission sur le droit européen du contrat, www.ufsia.ac.be/CECL.html.
- MALAURIE (P.) AYNES (L.), *Cours de droit civil, Tome VI, Les obligations*, Vol. 2, *Contrats et quasi-contrats*, Cujas, Paris, 11^{ème} éd., 2001, 457 p.
- MALAURIE (P.) AYNES (L.), *Cours de droit civil, Tome VI, Les obligations*, Vol. 3, *Le régime général*, Cujas, Paris, 11^{ème} éd., 2001, 266 p.
- MONTANIER (J.-C.), SAMUEL (G.), *Le contrat en droit anglais*, Presses Universitaires de Grenoble, 1999, 143 p.
- OSMAN (F.) [sous la dir.], *Vers un code européen de la consommation – codification, unification et harmonisation du droit des Etats membres de l'Union européenne*, Actes et débats du colloque de Lyon 12 et 13 décembre 1997, Bruylant, Bruxelles, 1998, 421 p.

- POILLOT-PERUZZETTO (S.), LUBY (M.), *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Dalloz, Paris, 1998, 589 p.
- POILLOT-PERUZZETTO (S.), [sous la dir. de], *Vers une culture juridique européenne*, Montchrestien, Paris, 1998, 225 p.
- SACCO (R.) CASTELLANI (L.), *Les multiples langues du droit européen uniforme*, L'Harmattan Italia, Turin, 1999, 225 p.
- SCHAPIRA (J.) LE TALLEC (G.) BLAISE (J.-B.) IDOT (L.), *Droit européen des affaires*, t. 1, PUF, Paris, 5^{ème} éd., 1999, 484 p.
- SCHAPIRA (J.) LE TALLEC (G.) BLAISE (J.-B.) IDOT (L.), *Droit européen des affaires*, t. 2, PUF, Paris, 5^{ème} éd., 1999, 901 p.
- STAUDER (B.), [sous la dir. de], *La protection des consommateurs acheteurs à distance, analyse du droit suisse à la lumière du droit communautaire et du droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 350 p.
- TALLON (D.) HARRIS (D.), [sous la direction de], *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, Paris, 1987, 443 p.
- TERRE (F.) SIMLER (P.) LEQUETTE (Y.), *Droit civil-Les obligations*, Dalloz, Paris, 7^{ème} éd., 1999, 1294 p.
- VAN GERVEN (W.) LEVER (J.) LAROCHE (P.) VON BAR (C.) VINEY (G.), *Tort Law, Scope of protection, Cases, materials and text on national, supranational and international Tort Law*, Hart publications, 1998, 494 p.
- VAREILLES-SOMMIERES (P.), [sous la direction de], *Le droit privé européen*, Economica, Paris, 1998, 256 p.
- VOGEL (L.), *Droit global Law – Unifier le droit : le rêve impossible ?*, LGDJ, Paris, 2001, 149 p.
- WERRO (F.), [sous la dir. de], *L'eupéanisation du droit privé : vers un code civil européen*, éd. Universitaires, Fribourg, 1998, 526 p.
- L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, PUF, Poitiers, 1985, 238 p.
- L'internationalisation du droit*, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn, Dalloz, 1994, 416 p.
- La cessation des relations contractuelles d'affaire*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence, des 30 et 31 mai 1996, PUAM, 1997, 232 p.
- Le renouveau des sources du droit des obligations*, Actes du colloque de Lille, Travaux de l'Association Henri Capitant, LGDJ, Paris, 1997, 185 p.

La détermination du prix : nouveaux enjeux-un an après les arrêts de l'Assemblée plénière, extrait n°1-1997 de la *RTDComEco.*, sous l'égide du CEDIP et de l'Université de Montpellier, Thème et commentaires, Dalloz, 1997.

Mélanges Michel Cabrillac, Dalloz, Litec, Paris, 1999, 860 p.

L'avenir du droit comparé – Un défi pour les juristes du nouveau millénaire, Société de législation comparée, Paris, 2000, 346 p.

Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 2001, 992 p.

Variation autour d'un droit commun – travaux préparatoires, Société de législation comparée, Paris, 2001, 157 p.

3. Dictionnaires, recueils, ouvrages pratiques

ARNAUD (A.-J.), [sous la dir. de], *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 2^{ème} éd., 1993, 758 p.

BARAV (A.) PHILIP (C.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, Paris, 1993, 1180 p.

BOULOUIS (J.) CHEVALLIER (R.-M.), *Grands arrêts de la Cour de justice des communautés européennes*, Tome 1, Dalloz, Paris, 1994, 434 p.

CONSTANTINESCO (V.) KOVAR (R.) SIMON (D.), *Traité sur l'Union européenne – Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, 1000 p.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2001, 925 p.

LEGER (P.), [sous la direction de], *Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Dalloz, Paris, 2000, 2060 p.

Commentaire Mégret, *Le droit de la CEE*, vol. 10, 2^{ème} éd., éd. de l'ULB, Coll. Etudes européennes, Bruxelles, 1993,

Mémento pratique Lefebvre, *Communauté européenne*, 2000-2001, éd. Lefebvre, 1999, 1598 p. ; et 2002-2003, éd. Lefebvre, 2001, 1624 p.

B - ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

ALLIX (J.), *Consommateurs et services financiers*, in : *Vers un code européen de la consommation – codification, unification et harmonisation du droit des Etats membres de l'Union européenne*, Actes et débats du colloque de Lyon 12 et 13 décembre 1997, sous la direction de OSMAN (F.), Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 125-137.

ALLIX (J.), *De la carte de paiement au porte monnaie électronique : débats et problèmes*, *RAE*, 1994, n° 3, pp. 55-63.

ALLIX (J.), *La directive 97/7/CE : Contrats à distance et protection des consommateurs*, *RAE*, 1998, n° 3, pp. 176-187.

ALPA (G.), *Les nouvelles frontières du droit des contrats*, *RIDC*, 1998, 4, pp. 1015-1030.

ANTONIOLLI DELFLORIAN (L.), The european institutional structure, legal integration and the europeanisation of private law, in : *L'eupéanisation du droit privé – Vers un Code civil eupéen ?*, éd. Universitaires, Fribourg, 1998, pp. 27-47.

ATIAS (C.), Réflexions sur les méthodes de la science du droit, *D.*, 1983, I, 147, pp. 145-149.

BAILLOD (R.), Le droit de repentir, *RTDCiv*, 1984, pp. 227-254.

BANGEMANN (M.), Privatrechtsangleichung in der europäischen Union, *ZeUP*, 1994, pp. 377-378.

BANNES (F.-M.), L'impact de l'adoption des principes Unidroit 1994 sur l'unification du droit commercial international : réalité ou utopie ?, *RRJ*, 1996, pp. 933-954.

BARESCH (D.) SCHLECHTER (R.), La directive européenne sur les signatures électroniques, *RMCUE*, 2000, pp. 387-391.

BARESCH (D.), Sécurité et confiance dans la communication électronique - Pour une approche européenne, *RMCUE*, 1998, pp. 437-441.

BASEDOW (J.), A common contract law for the common market, *CMLR*, 1996, Vol. 33, pp. 1169-1195.

BASEDOW (J.), Un droit commun des contrats pour le marché commun, *RIDC*, 1, 1998, pp. 7-28.

BATTEUR (A.), La protection illusoire du consommateur par le droit spécial de la consommation : réflexions sur la réglementation nouvelle régissant le contrat de vente de voyages, *D.*, 1996, Chron., pp 82-86.

BAYNAST (O. de), Synthèse : avant d'unifier, mieux coopérer, *RMCUE*, 2000, n° 438, pp. 343-344.

BEALE (H.), La Commission Lando : le point de vue d'un common lawyer, in : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, sous la dir. de JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.), Economica, Paris, 2001, pp. 127-140.

BELL (J.), Droit public et droit privé: une nouvelle distinction en droit anglais (l'arrêt O'Reilly v. Mackman: un arrêt Blanco?), *RFDA*, 1985, pp. 399-409.

BELLIVIER (F.) SEFTON-GREEN (R.), Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droit français et anglais: bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, in : *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, pp. 91-112.

BERGER (K.P.), Harmonisation of European Contract Law the influence of Comparative Law, *ICLQ*, 2001, vol. 50, pp. 877-900.

BERLIOZ (G.), Droit de la consommation et droit des contrats, *JCP*, 1979, I, n° 2954.

BERLIOZ-HOUIN (B.) BERLIOZ (G.), Le droit des contrats face à l'évolution économique, *in : Etudes offertes à Roger Houin : problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, Paris, 1985, pp. 3-33

BERNARDEAU (L.), La directive communautaire 97/7 en matière de contrats à distance, *CDE*, 2000, pp. 117-140.

BERNARDEAU (L.), Le droit de rétractation du consommateur un pas vers une doctrine d'ensemble, *JCP*, 5 avril 2000, I, 218.

BERR (C.-J.), L'influence de la construction européenne sur l'évolution contemporaine du droit privé français, *in : Etudes du droit des Communautés européennes, Mélanges offerts à P.-H. Teitgen*, Pedone, Paris, 1994, pp. 1-21.

BERRADA (S.), Subsidiarité et proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire, *RAE*, 1998, pp. 48-61.

BIETRIX (A.) BIRBES (H.), Vente à domicile et protection des consommateurs, *CDE*, 1973, n° 1, pp. 1-12

BONELL (M.J.), La nouvelle Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, *DPCI*, mars 1981, t. 7, n° 1, pp. 7-35.

BONELL (M.J.), The need and possibilities of a codified European contract law, *REDP*, 1997, Vol. 5, pp. 505-517.

BOTTINI (R. de), La directive « commerce électronique » du 8 juin 2000, *RMCUE*, 2001, pp. 368-373.

BOURGOIGNIE (T.), Multipropriété et vente en dehors des établissements commerciaux : un arrêt important de la Cour de Justice des Communautés européennes du 22 avril 1999, *REDC*, 1999, pp. 147-149.

BOURGOIGNIE (T.), Vers un droit européen de la consommation ? Possibilités et limites, *RTDE*, 1982, pp. 17-74.

BUSSANI (M.) MATTEI (U.), Le fond commun du droit privé européen, *RIDC*, 1-2000, pp. 29-48.

CABRILLAC (R.), Recodifier, *RTDCiv*, 2001, n° 4, pp. 833-846.

CALAIS-AULOY (J.) BIHL (L.), La loi du 10 janvier 1978 : un glissement du droit de la consommation vers l'élimination des juges, *JCP*, 1980, CI, n° 8405.

CALAIS-AULOY (J.), La Communauté européenne et les consommateurs, *in : Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, Paris, 1993, pp. 119-127.

- CALAIS-AULOY (J.), L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *RTDCiv.*, n° 2, 1994, pp. 239-254.
- CALAIS-AULOY (J.), L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, *RTDCom*, 1998, 1, pp. 115-119.
- CALAIS-AULOY (J.), Les ventes agressives, *D.*, 1970, *chron.*, pp. 37-40.
- CAMPANA (M.-J.), Vers un langage juridique commun en Europe, in : *Les multiples langues du droit européen uniforme*, sous la dir. de SACCO (R.) CASTELLANI (L.), L'Harmattan Italia, Turin, 1999, pp. 7-35.
- CAPRIOU (E.A.), La loi française sur la preuve et la signature électroniques dans la perspective européenne – Dir. 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, *JCP*, G., 3 mai 2000, pp. 787-795.
- CARBONNIER (J.), Introduction, in : *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savatier, PUF, Poitiers, pp. 29-39.
- CARUSO (D.), The Missing View of the Cathedral : The Private Law Paradigm of European Legal Integration, *ELJ*, 1997, vol. 3, n° 4, pp. 3-32.
- CATALA (P.), Ecriture électronique et actes juridiques, *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, pp. 91-104.
- CHAMBOREDON (A.), La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats, *JDI*, 2001, 1, pp. 5-46.
- CHARBIT (N.), L'espéranto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats, 1^{ère} partie, *PA*, 26 novembre 2001, pp. 8-15, et 2^{ème} partie, 27 novembre 2001, pp. 4-11.
- CHARBIT (N.) L'espéranto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats, *JCP*, 2002, I, 100.
- CHEMILLIER-GENDREAU (M.), Le principe de subsidiarité : enjeu majeur, débat confus, *Le monde diplomatique*, juillet 1992.
- CHRISTIANNOS (V.), Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de protection des consommateurs, *D.*, 1993, pp. 28-32
- CHRISTIANOS (V.) PICOD (F.), Consommateurs (protection des), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, Paris, 1993, pp. 289 et s.
- CHRISTIANOS (V.) PICOD (F.), Consommateurs, *Répertoire communautaire*, Dalloz, vol 1.
- CALVO (J.), Agents commerciaux et droit communautaire, *PA*, 12/04/1989, n° 44, pp. 27-31.

COLLINS (H.), The voice of Community in Private Law Discourse, *ELJ*, 1997, vol. 3, n° 4, pp. 407-421.

CONSTANTINESCO (V.), Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne, in : *L'Europe et le droit, Mélanges en hommages à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, pp. 35-45.

CORNU (G.), Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXIV, La protection des consommateurs, 1973, pp. 131-157.

CORNU (G.), Un Code civil n'est pas un instrument communautaire, *D.*, 2002, n° 4, pp. 351-352.

CORNUT (C.) BENOIN (G.), Priorité au dialogue entre banquiers et consommateurs, *RAE*, 1994, n° 3, pp. 11-13.

COUTURIER (G.), L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, in : *Etudes offertes à Jacques Flour, Répertoire du notariat Defrénois*, Paris, 1979, pp. 95-115.

COVEY (T.), Standardization of Choice of Law Rules for International Contracts : Should there be an New Beginning ?, *AJIL*, 1959, p. 385.

DAHAN (M.), Agents commerciaux : un seul statut européen, *MOCI*, 6 juin 1996, n° 1236, pp. 83-84.

DAVID (R.), L'imprévision dans les droits européens, in : *Mélanges Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille III, 1974, pp. 211-229.

DAVID (R.), Le droit continental, la common law et les perspectives d'un *jus commune* européen, in : *nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, [sous. la dir. de CAPPELLETTI (M.)], Bruylant, Bruxelles, 1978, pp. 113-135.

DE VITA (A.), Au croisement des itinéraires des droits européens. Analyse comparative en matière de responsabilité civile : tentative et tentation, in : *Droit global*, sous la dir. de L. VOGEL, Panthéon Assas, Paris, 2001, pp. 73-95.

DELMAS-MARTY (D.), La mondialisation du droit chances et risques, *D.*, 1999, pp. 43-48.

DELMAS-MARTY (M.), Avant-propos, in : *Variation autour d'un droit commun – travaux préparatoires*, Société de législation comparée, Paris, 2001, pp. 7-14.

DELMAS-MARTY (M.), La responsabilité pénale dans l'entreprise: vers un espace judiciaire européen unifié, *Revue de science criminelle et de droit pénal compare*, 1997, n° 2, pp. 249-369.

DELMAS-MARTY (M.), Le phénomène de l'harmonisation; L'expérience contemporaine, *in* : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, sous la dir. de JAMIN (C.) MAZEAUD (D.), Economica, Paris, 2001, pp. 23-35.

DESURVIRE (D.), Directive concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, *PA*, 20/01/1995, n° 9, pp. 20-25.

DESURVIRE (D.) LECHAU (M.), Réflexions autour de l'application de la loi du 8 juillet 1998 relative au concept de vacances à temps partagé, *PA*, 17/08/1999, n° 163, pp. 18-23.

DOLL (P.-J.) GUERIN (H.), Le démarchage et la vente à domicile, *JCP*, 1973, I, 2524.

DREIFUSS-NETTER (F.), Droit de la concurrence et droit commun des obligations, *RTDciv*, 1990, 3, pp. 369-393.

DROBNIG (U.), Scope and general rules of a European civil code, *REDP*, 1997, Vol. 5, pp. 489-495.

DROUET (S.), La communautarisation de Bruxelles II ; chronique d'une mutation juridique, *RMCUE*, 2001, pp. 247-257.

DUBOIS (J.), La mise en place du règlement franchise, *JCP, supp. Cahiers du dr. de l'ent.*, 1989, n° 21, pp. 5-8.

DUBOUIS (L.), Introduction, *in* : *Droit nationaux, droit communautaire : influences croisées – En hommage à Louis Dubouis*, La documentation Française, Coll. Monde européen et international, Paris, 2000, pp. 7-15.

EMMERT (F.) PEREIRA DE AZEVEDO (M.), L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE : un bateau ivre ?, *RTDE*, 1993, pp. 503-524.

EMMERT (F.) PEREIRA DE AZEVEDO (M.), Les jeux sont faits : rien ne va plus ou une nouvelle occasion perdue par la CJCE, *RTDE*, 1995, pp. 11-21.

FAGES (B.) MESTRE (J.), L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat, *in* : *Droit du marché et droit commun des obligations*, actes du colloque organisé les 24 et 25 octobre 1997 à Perpignan, *RTDCom*, 1998, pp. 71-81.

FAGES (B.) MESTRE (J.), Bon exemple d'un exercice abusif du droit de ne pas renouveler une relation contractuelle arrivée à terme, et brève réflexion sur les modalités de sa sanction, *RTDCiv*, 2001, 1, chron., pp. 137-140.

FAGNART (J.-L.), La directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits, *CDE*, 1987, pp. 3-65.

- FALLON (M.), Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition en droit interne de la directive 93/13 du 5 avril 1993, *REDC*, 1996, pp. 3-27.
- FAUVARQUE-COSSON (B.), Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux, in : *Variation autour d'un droit commun – travaux préparatoires*, Société de législation comparée, Paris, 2001, pp. 51-71.
- FAUVARQUE-COSSON (B.), Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, *RIDC*, 1998, pp. 463-489.
- FERRIER (D.), Distribution sélective, *Répertoire communautaire*, Vol. 1, Dalloz.
- FERRIER (D.), Franchise, *Répertoire communautaire*, vol. 2, Dalloz.
- FERRIER (D.), Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, *D*, 1980, pp. 177-188.
- FLAESCH-MOUGIN (C.), Article 235, in *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, sous la dir. de CONSTANTINESCO (V.) JACQUE (J.-P.) ET SIMON (D.), Economica, Paris, 1992, pp. 1509-1539.
- FOEX (B.), L'eurohypothèque, in : *L'eupéanisation du droit privé – Vers un Code civil européen ?*, éd. Universitaires, Fribourg, 1998, pp. 481-495.
- FOYER (J.), Le droit civil dominé, in : *Mélanges Catala*, Litec, Paris, 2001, pp. 13-20.
- FRANCON (A.), Rapport sur la protection du consommateur dans la conclusion des contrats civils et commerciaux en droit français, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXIV, La protection des consommateurs, 1973, pp. 117-129.
- GANDOLFI (G.), Pour un code européen des contrats, *RTDCiv*, 1992, 4, pp. 707-736.
- GASTINEL (E.), La procédure d'opposition et franchises communautaires en droit communautaire des ententes, *RTDE*, 1992, pp. 547-573.
- GAUDEMET-TALLON (H.), Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *RTDE*, 1997, n°2, pp. 295-297.
- GAUDEMET-TALLON (H.), Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions, *RMCUE*, 2000, pp. 228-242.
- GAUDEMET-TALLON (H.), Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelle, *RTDE*, 1991, n°4, pp. 635-637.
- GAUDEMET-TALLON (H.), Le nouveau droit internationale privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, *RTDE*, 1981, 2, pp. 215-285.

- GAUTIER (P.-Y.) LINANT DE BELLEFONDS (X.), De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, *JCP*, G., 14 juin 2000, pp. 1113-1120.
- GAVALDA (C.) SELNET (G.), Agences de voyages, *Répertoire communautaire*, Dalloz, vol.1.
- GHESTIN (J.) MARCHESSAUX (I.), L'élimination des clauses abusives dans les contrats types en Europe, *RAE*, 1991, n° 1, pp. 27-38.
- GHESTIN (J.) MARCHESSAUX-VAN MELLE (I.), L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1 février 1995, *JCP*, 1995, I, 3854.
- GIARDINA (A.), Les principes UNIDROIT sur les contrats internationaux, *JDI*, 1995, n° 3, pp. 547-558.
- GLENN (H.P.), Vers un droit comparé intégré ?, in : *L'avenir du droit comparé – Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Société de législation comparée, Paris, 2000, pp. 105-116.
- GREENSTEIN (R.), Vol au dessus d'un nid de casquettes ou tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur les pièges de la traduction juridique, in : *Variation autour d'un droit commun – travaux préparatoires*, Société de législation comparée, Paris, 2001, pp. 101-119.
- GRIDEL (J.-P.), Remarques de principe sur l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives, *D.*, 1984, Chron., pp. 153-160.
- GUIGOU (E.), Vers l'unité du droit dans l'espace européen, *RMCE*, 2000, pp. 293-302.
- GUYON (Y.), Rapport de synthèse, Droit du marché et droit commun des obligations, *RTDCom*, 1998, 1, pp. 121-130.
- HALPERIN (J.-L.), L'approche historique et la problématique du jus commune, *RIDC*, 2000, n° 4, pp. 717-731.
- HALPERIN (J.-L.), L'approche historique et la problématique du jus commune, in : *Variation autour d'un droit commun – travaux préparatoires*, Société de législation comparée, Paris, 2001, pp. 17-30.
- HANINE (J.-J.), Agents commerciaux - Contrat d'agence, *JCL*, Contrats distribution, Fascicule 1240.
- HANINE (J.-J.), Agents commerciaux - Fin du contrat d'agence, *JCL*, Contrats distribution, Fascicule 1250.
- HANINE (J.-J.), Agents commerciaux - Qualité d'agent, *JCL*, Contrats distribution, Fascicule 1230.

HANINE (J.-J.), Les incidences de la directive communautaire sur le statut jurisprudentiel des agents commerciaux français, *Revue des huissiers de justice*, 1989, pp. 1141-1146.

HEMARD (J.), Chronique de législation et de jurisprudence françaises, *RTDComm*, 1967, pp. 554-555.

HEMARD (J.), Les agents commerciaux, *RTDComm*, 1959, pp. 573-624.

HERMAN (S.), L'expérience des Etats-Unis d'Amérique -Concurrence au pays des micro-brasseries : la gestion des transactions pluri-étatiques aux Etats-Unis, in : *Le droit privé européen*, Economica, Paris, 1998, pp. 150-163.

HONDIUS (E.), Toward a European Civil Code : the debate has started, *REDP*, 1997, vol. 5, pp. 455-463.

HOUIN (R.), Pour une codification européenne du droit des obligations, Etudes juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière par ses élèves et ses amis, Dalloz, Paris, 1964, 668 p.

HOUIN (R.), Le problème des fictions en droit privé, in : *travaux de l'association H. Capitant*, Dalloz, Paris, 1948, p. 243 et s.

HOUIN-BERLIOZ (B.) BERLIOZ (G.), Le droit des contrats face à l'évolution économique, in : *Etudes Houin*, 1985, pp. 3-33.

HUET (J.), Responsabilité du fait des produits défectueux – Objectifs, portée et mise en œuvre de la directive 85/374, *JCL Europe*, Fasc. 2020.

HUET (J.), Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'Unidroit : une nouvelle *lex mercatoria* ?, *PA*, 10/11/1995, n° 135, p. 8-11.

HUET (J.), Les sources communautaires du droit des contrats, in : *Le renouveau des sources du droit des obligations*, Actes du colloque de Lille, Travaux de l'Association Henri Capitant, LGDJ, Paris, 1997, pp. 11-27.

HUET (J.), Les sources communautaires du droit des contrats, *PA*, 21/03/1997, n° 35, pp. 8-13.

HUET (J.), Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives, *JCP*, 1994, E, n° 309, pp. 1-9.

HUET (J.), Responsabilité du fait des produits défectueux, objectifs, portée et mise en œuvre de la directive 85/374, *JCL Europe*, vol. 6, fasc. 2020.

IDOT (L.), La régulation communautaire des réseaux de distribution, *PA*, 6 mars 1996, n° 27, p. 39.

IDOT (L.), Les bases communautaires d'un droit privé européen (traité de Maastricht et traité de Rome), *in* : *Le droit privé européen*, sous la dir. de DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), Economica, Paris, 1998, pp. 22-35.

ISAAC (G.), Article 189, *in* : *Traité instituant la CEE - Commentaire article par article*, sous la dir. de CONSTANTINESCO (V.) JACQUE (J.-P.), SIMON (D.), Economica, Paris, 1992, pp. 647-648.

ISAAC (G.), La codification du droit communautaire, *RTDE*, 1977, pp. 79-92.

JAMIN (C.), Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité – A propos du centenaire du congrès international de droit comparé de Paris, *in* : *Variation autour d'un droit commun – travaux préparatoires*, Société de législation comparée, Paris, 2001, pp. 31-48.

JAMIN (C.), Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité, *RIDC*, 2000, pp. 733-751.

JAMIN (C.), Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives, *JCP*, G., 1996, I, 3959.

JAMIN (C.), Un droit européen des contrats ?, *in* : *Le droit privé européen*, sous la dir. de DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), Economica, Paris, 1998, Economica, Paris, 1998, p. 40-60.

JEAMMAUD (A.), Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ?, *in* : *Vers un Code européen de la consommation*, Actes du colloque de Lyon des 12 et 13 décembre 1997, sous la dir. de OSMAN (F.), pp. 35-55.

JEANTET (F.-C.), KOVAR (R.), Les accords de distribution et de service des véhicules automobile et l'article 85 du Traité CEE, Etude du projet de règlement de la Commission des Communautés européennes, *RTDE*, 1983, p. 547-573.

JESTAZ (J.), L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945, *in* : *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, journées René Savatier, PUF, 1986, pp. 117-135.

JESTAZ (P.), Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre, *RTDCiv*, 1996, pp. 299-312.

JESTAZ (P.), Source délicieuse... (remarques en cascades sur les sources du droit), *RTDCiv*, 1, 1993, pp. 73-85.

JOERGES (C.), Desintegrative Effects of Legislative Harmonisation : A complex issue and a Small Example, *in* : *Private Law Adjudication in the European multi-level System*, Workshop at the European University Institut, Organised by JOERGES (C.) and CAMPANA (M.-J), 2 et 3 octobre 1998.

JOERGES (C.), The impact of European Integration on Private Law : Reductionist Perceptions, True Conflicts and a new Constitutional Perspective, *ELJ*, 1997, vol. 3, n°4, pp. 378-406.

JOSSERAND (L.), Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, *RTDCiv*, 1937, pp. 1-30.

KAHN (P.), Droit européen des contrats, à propos des principes Lando, *in : Etudes européennes et internationales en hommage à C. J. Berr*, CUREI, 1996, pp. 179-188.

KARYDIS (G.), Les systèmes de distribution des produits et le problème des importations parallèles en droit communautaire : essai d'une approche de synthèse, *RMUE*, 1999, n° 2, pp. 107-144.

KERAMEUS (K.D.), Problems of drafting a European Civil Code, *REDP*, 1997, Vol. 5, pp. 475-481.

KERNINON (D.), La liberté dans les contrats de distribution et l'article 85 du traité de Rome, *PA*, 13 mai 1992, pp. 33-37.

KOCH (N.) MARENCO (G.), L'article 85 du Traité CEE et les contrats d'agence, *CDE*, 1987, pp. 603-622.

KOOPMANS (T.), Towards a European Civil Code ?, *REDP*, 1997, Vol. 5, pp. 541-548.

KOVAR (R.), Les contrats d'agence et l'article 85 du Traité de la CEE, *JCP, Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 51-52, décembre 1989, pp. 1-7.

KOVAR (R.), Ordre juridique communautaire, *JCL Europe*, Fasc. n°410.

KOVAR (R.), Recommandation, *Répertoire communautaire*, Dalloz, Vol. 3.

KREUZER (K.), La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives, *in : Droit global, Unifier le droit : le rêve impossible ?*, sous la dir. de VOGEL (L.), LGDJ, Paris, 2001, pp. 97-137.

KULLMAN (J.), Remarques sur les clauses réputées non écrites, *D*, 1993, pp. 62 et s.

LAGARDE (P.), Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de loi ?, *RCDIP*, 1964, p. 235.

LANDO (O.), Guest editorial : European contract law after the year 2000, *CMLR*, 1998, vol. 35, pp. 821-931.

LANDO (O.), Unfair contract clauses and a european Uniform Commercial Code, *in : nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, sous la dir. de CAPPELLETTI (M.), Bruylant, 1978, pp. 267-288.

LANDO (O.), Why codify the European Law of contract ?, *REDP*, 1997, Vol. 5, pp. 525-535.

LANDY (L.), Le consommateur européen: une notion éclatée, *in* : *Vers un Code européen de la consommation*, Actes du colloque de Lyon des 12-13 décembre 1997, sous la dir. de OSMAN (F.), Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 57-71.

LARROUMET (C.), La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international, *JCP*, 1997, I, n° 4010, pp. 147-152.

LATHAM (P.), Dispositions communautaires relatives au crédit à la consommation : la directive 87/102 CEE du 22/12/86, *RMC*, 1988, pp. 219-224.

LE TAVERNIER (B.), Comparaison internationale des délais de rétractation et de réflexion prévus par les réglementations relatives à la protection du consommateur, *Revue de la concurrence et de la consommation*, n° 87, 1995, pp. 72-76.

LE TOURNEAU (P.), Principe de distinction des obligations de moyens et de résultat, *JCL civ.*, Fasc. 20.

LE TOURNEAU (P.), Quelques aspects de l'évolution des contrats, *in* : *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 349-380.

LEGRAND (P.), Against a European civil Code, *MLR*, 1997, p. 45-46.

LEGRAND (P.), La leçon d'Apollinaire, *in* : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, sous la dir. de JAMIN (C.) MAZEAUD (D.), Economica, Paris, 2001, pp. 37-56.

LEGRAND (P.), Le primat de la culture, *in*: *Le droit privé européen*, sous la dir. de VAREILLES-SOMMIERES (P.), Economica, Paris, 1998, pp. 1-19.

LEGRAND (P.), Sens et non-sens d'un code civil européen, *RIDC*, 1996, n° 4, pp. 780-812.

LELOUP (J.M.), Agence, *Répertoire communautaire*, Dalloz, vol. 1.

LELOUP (J.M.), La directive européenne sur les agents commerciaux, *JCP*, 1987, I, n° 3308.

LELOUP (J.M.), La loi du 25 juin 1991 relatives aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants ou le triomphe de l'intérêt commun, *JCP*, 1992, I, n° 105.

LENAERTS (K.) VAN YPERSELE (P.), Le principe de subsidiarité et son contexte. Etude de l'article 3B du Traité CE, *CDE*, 1994, n° 1-2, pp. 3-85.

LOUIS (J.-V.), Le règlement, source directe d'unification des législations, *in* : *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 1976, pp. 15-35.

LUBY (M.), Politique communautaire de protection des consommateurs – origine, finalité et devenir, *JCL Europe*, vol. 6, fasc. 2000.

- LUBY (M.), Protection des consommateurs, commercialisation des produits, *JCL Europe*, vol 6, fasc. 2012.
- LUNDMARK (T.), Educating Lawyers for Europe, in : *Les multiples langues du droit européen uniforme*, sous la dir. de SACCO (R.) CASTELLANI (L.), L'Harmattan Italia, 1999, pp. 115-121.
- LYON-CAEN (G.), Droit social européen - L'harmonisation du droit des états membres concernant certains aspects de la représentation commerciale, *RTDE*, 1970, pp. 666-671.
- MAILANDER (K.P.), L'exemption par catégories des ententes économiques dans la CEE, *CDE*, 1966, pp. 5-33.
- MAINGUY (D.), Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats, in : *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, pp. 165-186.
- MALAUURIE (P.), Droit romain des obligations. Droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui, *JCP*, 19/07/2000, I, n° 246, pp. 1415-1421.
- MALAUURIE (P.), Le Code civil européen des obligations et des contrats – Une question toujours ouverte, *JCP*, 6 février 2002, I, n° 110, pp. 281-285.
- MALAUURIE (P.), Le droit civil français des contrats à la fin du XXème siècle, in : *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, pp. 187-203.
- MALAUURIE-VIGNAL (M.), Droit de la concurrence et droit des contrats, *D.*, 1995, pp. 51-54.
- MANIN (P.), L'invocabilité des directives ; quelques réflexions de P. Manin, *RTDE*, 1990, pp. 669-693.
- MARCHESSAUX-VAN MELLE (I.), L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995, *JCP*, I, 1995, n° 3854.
- MARENCO (G.), Les conditions d'application de l'article 235 du Traité CEE, *RMC*, 1970, pp. 147-157.
- MARKESINIS (B.), Unité ou divergence : à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain, *RIDC*, 2001, n° 4, pp. 807-830.
- MARKESINIS (B.S.), Why a code is not the best way to advance the cause of European legal unity, *REDP*, 1997, Vol. 5, pp. 519-524.
- MASCLET (J.-C.), Règlement, *Répertoire communautaire*, Dalloz, vol 3.
- MATRAY (D.) SERVAIS (O.), L'harmonisation des contrats d'agence, 1^{ère} partie, *DPCI*, Septembre 1981, t. 7, n°3, pp. 387-426 ; 2^{ème} partie : *DPCI*, décembre 1981, t. 7, n°4, pp. 627-671.
- MATTEI (U.), A transaction cost approach to the European Code, *REDP*, Vol. 5, pp. 537-540.

MAZEAUD (D.), L'attraction du droit de la consommation, *RTDCom*, 1998, 1, pp. 95-114.

MAZEAUD (D.), A propos du droit virtuel des contrats: réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando, in : *Mél. M. Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, pp. 205-218.

MAZEAUD (D.), La Commission Lando : le point de vue d'un juriste français, in: *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, sous la dir. de JAMIN (C.) MAZEAUD (D.), Economica, Paris, 2001, pp. 139-158.

MEHDI (R.), Recommandation, in : *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, sous la dir. de BARAV (A.) et PHILIP (L.), PUF, Paris, 1993, pp. 903-905.

MEHDI (R.), Règlement, in : *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, sous la dir. de BARAV (A.) et PHILIP (L.), PUF, Paris, 1993, pp. 921-925.

MENGOZZI (P.), La mise en œuvre en Italie de l'article 3 de la directive communautaire concernant les clauses abusives et l'écho qu'elle a rencontré au niveau communautaire, *RDUE*, 2001, n° 2, pp. 477-490.

MENGOZZI (P.), Règles communautaires et règles impératives en tant que « limites » et « contre-limites » imposées à l'autonomie contractuelle, *RMUE*, 1999, n° 1, pp. 169-200.

MERCADAL (B.), Des différences entre la common law et la civil law, *RJC*, 2000, n°5, pp. 145-154.

MESTRE (J.) Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution, in : *La cessation des relations contractuelles d'affaire, Actes du colloque d'Aix-en-Provence, des 30 et 31 mai 1996*, PUAM, 1997, pp. 13-24.

MESTRE (J.), L'évolution du contrat en droit privé français, in : *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, PUF, Poitiers, 1985, pp. 41-60.

MESTRE (J.), L'ordre public dans les relations économiques, in *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 1996, pp. 35 et s.

MICKLITZ (H.-W.), Protection du consommateur et marché intérieur - quelques réflexions sur les contrats de réparation, d'entretien, et de garantie, *RTDE*, 1992, n° 3, pp. 515-528.

MOATTI (C.), L'expérience romaine, in : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, sous la dir. de JAMIN (C.) MAZEAUD (D.), Economica, Paris, 2001, pp. 11-21.

MORAND (C.-A.), Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire, *CDE*, 1970, pp. 623-644.

MORIN (A.), Les actions collectives transfrontières – La directive relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, *RAE*, 1998, n° 3, pp. 211-216.

- MOUSSERON (J.-M.), La durée dans la formation des contrats, *in* : *Etudes offertes à A. Jauffret*, Faculté de Droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, pp. 509-524.
- MULLER-GRAFF (P.-C.), Les perspectives d'un droit privé européen, *RAE*, 1998, n° 3, pp. 242-253.
- NAIMI (M.), Nouvel apport en matière de protection des consommateurs : la directive du 20 mai 1997 sur les contrats à distance, *RAE*, 1998, n° 3, pp. 188-194.
- NORMAND (J.), Un droit judiciaire privé européen ?, *in* : *Le droit privé européen*, sous la dir. de DE VAREILLES SOMMIERES (P.), Economica, Paris, 2001, pp. 124-135.
- OKTAY (S.), La dénationalisation dans le domaine du contrat de voyage, *in* : *L'eupéanisation du droit privé – Vers un Code civil européen ?*, éd. Universitaires, Fribourg, 1998, pp. 315-327.
- OLIVER (D.), Pourquoi n'y a-t-il pas de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre ?, *RIDC*, 2001, n° 2, pp. 327-338.
- OPPETIT (B.), Droit commun et droit européen, *in* : *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 311-319.
- OPPETIT, L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême, *D.*, 1990, chron., XIII, pp. 73-76.
- PAISANT (G.), La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l'Union européenne, *in* : *Vers un code européen de la consommation - codification, unification et harmonisation du droit des Etats membres de l'Union européenne*, sous la direction de OSMAN (F.), Actes et débats du colloque de Lyon des 12 et 13 décembre 1997, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 165-177.
- PAISANT (G.), Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995, *D.*, 1995, pp 99-108.
- PAISANT (G.), Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives (Après la directive du 5 avril 1993), *JCP*, 1994, E, n° 3772.
- PELTIER (F.), La réforme de la "loi Scrivenner", *Banque et droit*, n°6, sept.-oct, 1989, p.168 et s.
- PETER (B.), La base juridique des actes en droit communautaire, *RMCUE*, 1994, pp. 324-333.
- PETIT (B.), La formation successive du contrat de crédit, dans le droit du crédit au consommateur, *Travaux de l'Association R.. Capitant*, t. XXIV, 1973, pp. 93 et s.
- PICHONNAZ (P.), L'exonération du débiteur malgré l'inexécution de son obligation selon les Principes du droit européen des contrats, *in* : *L'eupéanisation du droit privé – Vers un Code civil européen ?*, éd. Universitaires, Fribourg, 1998, pp. 179-202.
- PICOD (Y.), Droit du marché et droit commun des obligations, Rapport introductif, *RTDCom*, 1, 1998, pp. 1-5.

- PIZZIO (J.-P.), Un apport législatif en matière de protection du consentement, *RTDCiv*, 1976, pp. 66-90.
- PIZZIO (J.-P.), La protection des consommateurs par le droit commun des obligations, *RTDCom*, 1998, 1, pp. 53-69.
- POILLOT-PERUZZETTO (S.) LUBY (M.), *chron.*, Contrats et clauses abusives, *RTDCom*, 2001, 1, pp. 291-294.
- POILLOT-PERUZZETTO (S.), Droit international et droit européen, *JCP*, G, 2002, I, 114, pp. 338-344.
- POILLOT-PERUZZETTO (S.), La codification du droit de l'Union européenne, www.peruzzetto.com/art/codification_communautaire.htm.
- POILLOT-PERUZZETTO (S.), Ordre public et droit communautaire, *D.*, 1993, *chron.*, pp. 177-182.
- PRIETO (C.), Influence du droit communautaire et originalité du droit français de la concurrence, *RRJ*, 1998, 1, pp. 51-75.
- PRIETO (C.), La culture européenne de concurrence, *Droit 21*, 2002, EROO7, www.droit21.com
- PRUM (A.), L'acte sous seing privé électronique: réflexions sur une démarche de reconnaissance, in : *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, pp. 255-276.
- PUTMAN (E.), Défunte ou toujours vivante ? L'obligation d'immatriculation, condition du statut d'agent commercial, *RJC*, janvier 1993, n° 1, pp. 1-5.
- PUTMAN (E.), L'incidence du droit communautaire en droit privé français, *RRJ*, 1997, n° 2, pp. 435-449.
- PUTMAN (E.), La loi du 5 janvier 1988 sur l'action en justice des associations de consommateurs, *RRJ*, 1988, 2, pp. 341-362.
- RAYNARD (J.), De l'influence communautaire et internationale sur le droit des contrats : quand une directive régit les contrats distance conclus avec les consommateurs, matière déjà amplement pourvue par le code de la consommation, *RTDCiv*, 1997, n° 4, pp. 1015-1024.
- RAYNARD (J.), Les "principes du droit européen du contrat" : une lex mercatoria à la mode européenne ?, *RTDCiv*, 1998, 4, pp. 1006-1010.
- REMY (P.), La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chronique à la Revue trimestrielle de droit civil, in : *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, PUF, Paris, 1986, pp. 103-115.

- RENOUX ZAGAME (M.F.), La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés », *Rev.Hist.fac.de droit*, 1990, n° 10-11, p. 133.
- REJET (T.), Les apports au droit des relations de dépendance, *in : La détermination du prix : nouveaux enjeux - un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, extrait n° 1-1997 de la *RTDComEco.*, sous l'égide du CEDIP et de l'Université de Montpellier, Thème et commentaires, Dalloz, 1997, pp. 37-47.
- RIEG (A.), La « Punctuation » - Contribution à l'étude de la formation successive du contrat, *in : Etudes offertes à A. Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, pp. 593-607.
- RIGAUX (F.), Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *CDE*, 1988, pp. 306-321.
- ROTHMANN (J.-M.), La vente à distance, *in : Vers un code européen de la consommation – codification, unification et harmonisation du droit des Etats membres de l'Union européenne*, Actes et débats du colloque de Lyon 12 et 13 décembre 1997, sous la dir. de OSMAN (F.), Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 141-150.
- SACCO (R.), Définitions savantes et droit appliqué dans les pays romanistes, *RIDC*, 1965, p. 612.
- SACCO (R.), Le droit muet, *RTDCiv*, 1995, 4, pp. 783-796.
- SACCO (R.), Langue et droit, *in : Les multiples langues du droit européen uniforme*, sous la dir. de SACCO (R.) CASTELLANI (L.), L'Harmattan Italia, 1999, pp. 163-185.
- SACCO (R.), Les problèmes d'unification du droit, *in : Droit global, Unifier le droit : le rêve impossible ?*, sous la dir. de VOGEL (L.), LGDJ, Paris, 2001, pp. 9-25.
- SACCO (R.), Non, oui, peut-être, *in : Mélanges MOULY*, Litec, Paris, 1998, pp. 163-169.
- SANCHEZ (R.), Le régime des « conditions générales abusives » en Europe, *in : L'eupéanisation du droit privé – Vers un Code civil européen ?*, éd. Universitaires, Fribourg, 1998, pp. 219-236.
- SANSON-HERMITTE (M.-A.), La notion de source de droit à l'épreuve du droit européen de la concurrence, *in : Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, pp. 299-326.
- SARTRE (M.), L'empire romain comme modèle, *Commentaire*, 1992, n° 57, pp. 27-35.
- SCHAUMANN (C.B.), La difficile harmonisation des droit civils, *RMCUE*, 2000, pp. 332-334.
- SCHULZE (R.), Le droit privé européen, *RIDC*, 1995, pp. 7-32.

- SCHWARTZ (I.), Perspektiven der Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft, *ZeuP*, 1994, pp. 559-570.
- SEUBE (A.), Les conditions générales des contrats, in : *Etudes offertes à A. Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix Marseille, 1974, pp. 621-633.
- SILVESTRO (V.), Le rôle du tourisme dans l'Union européenne, *RMCUE*, 1996, pp. 447-449.
- SIMON (D.) L'avis 2/94 du 28 mars 1996 sur l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme, *Europe, chron.*, n° 6, juin 1996.
- SIMON (D.), Directive, *Répertoire communautaire*, Dalloz, vol. 2.
- SINAY-CYTERMANN (A.), Protection ou surprotection du consommateur ?, *JCP*, 1994, G, n° 3804.
- SNIJDERS (W.), The organisation of the drafting of a European Civil Code : a walk in imaginary gardens, *REDP*, 1997, Vol. 5, pp. 483-487.
- SOLDATOS (P.) VANDERSANDEN (G.), La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne, in : *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, ULB, Bruxelles, 1976, pp. 95-151.
- SOUSI-ROUBI (S.), Le rapprochement des dispositions législatives réglementaires et administratives des Etats membres de la CEE en matière de crédit à la consommation, *Rev. Dr. Bancaire et de la bourse*, 1989, pp. 15 et s.
- TALLON (D.), L'harmonisation des règles de droit privé entre pays de droit civil et de common law, *RIDC*, 1990, n° 2, p. 513-523.
- TALLON (D.), Vers un droit européen du contrat, *Mélanges Colomer*, Litec, Paris, 1993, pp. 485-495.
- TALLON (D.), La révision pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé, in : Mélanges Sayag, 1998, pp. 403 et s.**
- TALLON (D.), Les principes pour le droit européen du contrat, quelles perspectives pour la pratique ?, *Def.*, 2000, n° 37182, pp. 683-689.
- TALLON (D.), Les travaux de la commission Lando, in : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, sous la direction de JAMIN (C.) MAZEAUD (D.), Economica, Paris, 2001, pp. 119-126.
- TENREIRO (M.), Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, directive n° 93/13/CEE du Conseil du 05/04/93, *Europe*, mai 1993, pp. 1-4.

TENREIRO (M.), Protection des intérêts économiques des consommateurs, les pratiques commerciales, *JCL Europe*, vol. 6, fasc. 2010

TENREIRO (M.), Protection des intérêts économiques des consommateurs, les pratiques commerciales, *JCL Europe*, vol. 6, fasc. 2011.

TESTU (F.-X.), La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives, *D. aff.*, 1996, n° 13, pp. 372 et s.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTDCiv*, 2, 1997, pp. 357-385.

THIEFFRY (J.), Les nouvelles règles de la vente internationale, *DPCI*, 1989, t. 15, n°3, pp. 369-384.

THIEFFRY (P.), L'émergence d'un droit européen du commerce électronique, *RTDE*, 2000, n° 4, pp. 649-673.

THEVENOZ (L.), Le projet de directive sur la commercialisation à distance de services financiers, in : *La protection des consommateurs acheteurs à distance, analyse du droit suisse à la lumière du droit communautaire et du droit comparé*, sous la dir. de STAUDER (B.), Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 57-85.

THOUVENIN (J.-M.), Vers une remise en cause du système de distribution des automobiles en Europe ?, *RMCUE*, 2001, pp. 240-246.

TILMANN (W.), The legal basis for a European Civil Code, *REDP*, 1997, Vol. 5, pp. 471-473.

TRINQUET (R.), Relations entre organismes financiers et consommateurs dans un système de paiement étendu à l'ensemble de la Communauté, *La revue Banque*, 1989, n° 493, pp. 423-435.

TROCHU (M.) TREMORIN (Y.) BERCHON (P.), La protection des consommateurs contre les clauses abusives -Etude de la réglementation française du 10-1-1978, *DPCI*, mars 1981, t. 7, n° 1, pp. 37-76.

TROCHU (M.) TREMORIN (Y.) BERCHON (P.), La protection des consommateurs contre les clauses abusives- Le contrôle de l'équilibre contractuel, *DPCI*, juin 1981, t. 7, n° 2, pp. 229-264.

VAN - HOUTTE (B.), Les contrats d'agence au regard de l'article 85 CEE : agir pour le compte d'autrui et intégration dans son entreprise, *CDE*, 1989, n° 3-4, pp. 344-366.

VAN GERVEN (W.), Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?, *REDP*, 1997, Vol. 5, pp. 465-469.

VAN GERVEN (W.), Rapport introductif, in : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, sous la dir. de JAMIN (C.) MAZEAUD (D.), Economica, Paris, 2001, pp. 3-8.

VANDER ELST (R.), Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre de la Communauté économique européenne, *in : Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1976, pp. 1-14.

VANDERSANDEN (G.), Considérations sur le principe de subsidiarité, *in : Mélanges Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, t. 1, pp. 195 et s.

VARTSOS (C.), Contrats à distance, *RMUE*, 1997, 1, pp. 157-158.

VIGNES (D.), le rapprochement des législations mérite-t-il encore son nom ?, *in : L'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 533-546.

VIRALLY (M.), La valeur juridique des recommandations des organisations internationales, *AFDI*, 1956, pp. 66-96.

VOGEL (L.) La réglementation de la distribution automobile : droit de la concurrence ou droit des contrats ?, *JCP*, 1997, supp. *Cahiers du droit de l'entreprise*, pp. 32-36.

VOGEL (L.), La distribution automobile à l'épreuve du règlement d'exemption n° 123/85, *DPCI*, 1992, t. 18, n° 4, pp. 577-586.

VOGEL (L.), Introduction, *in : Droit global Law – Unifier le droit : le rêve impossible ?*, sous la dir. de VOGEL (L.), LGDJ, Paris, 2001, pp. 7-8.

VOGEL (L.), Le projet de nouveau règlement automobile : *who will be in the driver's seat ?*, *D*, 2002, n° 9, pp. 786-788.

VON BAR (C.), Le groupe d'études sur un Code civil européen, *RIDC*, 2001, 1, pp. 127-139.

WACHMANN (A.), Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour, *Europe*, janvier 1993, pp. 1-5.

WERRO (F.) BELSER (E. M.), PANTELIDOU (E.), L'impact du droit européen de la concurrence sur le contrat de franchise, *in : L'eupéanisation du droit privé – Vers un code civil européen ?*, sous la dir. de F. Werro, éd. Universitaires Fribourg, 1998, pp. 271-287.

WERRO (F.), La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne, *in : L'eupéanisation du droit privé – Vers un Code civil européen ?*, éd. Universitaires, Fribourg, 1998, pp. 3-25.

WHARTON (N.), L'inexécution du contrat et l'obligation de garantie du vendeur en droit suisse et en droit comparé, *in : L'eupéanisation du droit privé – Vers un Code civil européen ?*, éd. Universitaires, Fribourg, 1998, pp. 163-177.

WITZ (C.), Plaidoyer pour un code européen des obligations, *D.*, 2000, *chron.*, pp. 79-83.

XOUDIS (J.), La mesure du dommage à réparer en cas de résolution du contrat pour inexécution, *in : L'eupréanisation du droit privé – Vers un Code civil européen ?*, éd. Universitaires, Fribourg, 1998, pp. 203-218.

ZIMMERMANN (R.), Civil Code and civil Law - Europeanization of Private Law Within the European Community and the Re-emergence of European Legal Science, *Columbia journal of European Law*, 1995, n° 63, pp. 82-84.

ANNEXE A

TABLEAU RÉCAPITULATIF DE L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE EN MATIÈRE CONTRACTUELLE

<i>Contrat visé</i>		TYPE D'ACTE	REFERE NCES DE L'ACTE	D ATE	<i>Intitulé</i>	BASE JURIDIQUE	REFERE NCE <i>JOCE</i>
Contra ts dits de « tourisme »	<i>Tim eshare</i>	DIRECTIVE	94/47	26 /10/94	<i>Protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers</i>	100A	29/10/94 n°L 280, pp. 83 - 87
	Voya ges, vacances à forfait		90/314	13 /06/90	<i>Voyages, vacances à forfait vendus ou proposés à la vente sur le territoire de la Communauté</i>		23/06/90 n°L 158 pp. 59 -64
Crédit à la consommation		<i>Directives</i>	87/102 90/88	22 /12/86 22 /02/90	<i>CREDIT A LA CONSOMMATION</i>	100 100A 100A	12/02//87 n° L 42, pp. 48-53 10/03/90, n° L 61, pp. 14-18

		98/7	16 /02/98			01/04/98, n°L 101, pp. 17-23
Vente	<i>Directive</i>	1999/44	25 /05/99	<i>Certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation</i>	95	07/07/99, n° L 171 pp. 12 -16
Aucun contrat en particulier	DIRECTIVES	85/577	20 /12/85	<i>Protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux</i>	100	31/12/85, n° L 372, pp. 31-33
		93/13	05 /04/93	<i>Clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs</i>	100 A	21/04/93, n° L 95 pp. 29-34
	<i>Directives</i>	97/7	20 /05/97	<i>Protection des consommateurs en matière de contrats à distance</i>	100 A	04/07/97, n° L 144, pp. 19 -27
Aucun contrat en particulier		1999/93	13	<i>Cadre communautaire pour les signatures électroniques</i>	47§2, 55 et 95	19/01/00, n° L 013, p. 22-30
				<i>Certains aspects juridiques des services de la société d'information, et</i>		

		2000/31	/12/99 08 /06/00	<i>notamment du commerce électronique</i>	47§2, 55 et 95	17/07/00, n° L 178, pp. 1-16
<i>AGENCE COMMERCIALE</i>	<i>Directive</i>	86/653	18 /12/86	Coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants	57§2 et 100	31/12/86, n° L 382, pp. 17-21
Contrats de distribution	<i>Règlement d'exemption par catégories</i>	1475/95	28 /06/95	Concernant l'application de l'article 85§3 à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après vente de véhicules automobiles	85§3	29/06/95, n° L-145, pp. 25-34
		2790/1999	22 /12/99	Concernant l'application de l'article 81§3 à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées		29/12/99, n° L-336, pp. 21-25

ANNEXE B

PRINCIPAUX TEXTES FORMANT L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE EN MATIÈRE CONTRACTUELLE

I - DIRECTIVES

**Directive 85/577 du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats
négociés en dehors des établissements commerciaux**

Article premier

1. La présente directive s'applique aux contrats conclus entre un commerçant fournissant des biens ou des services et un consommateur: - pendant une excursion organisée par le commerçant en dehors de ses établissements commerciaux ou pendant une visite du commerçant: i) chez le consommateur ou chez un autre consommateur; ii) au lieu de travail du consommateur, lorsque la visite n'a pas lieu à la demande expresse du consommateur. 2. La présente directive s'applique également aux contrats concernant la fourniture d'un autre bien ou service que le bien ou le service à propos duquel le consommateur a demandé la visite du commerçant, à condition que le consommateur, lorsqu'il a sollicité la visite, n'ait pas su, ou n'ait pas pu raisonnablement savoir, que la fourniture de cet autre bien ou service faisait partie des activités commerciales ou professionnelles du commerçant. 3. La présente directive s'applique également aux contrats pour lesquels une offre a été faite par le consommateur dans des conditions semblables à celles décrites au paragraphe 1 ou au paragraphe 2, bien que le consommateur n'ait pas été lié par cette offre avant l'acceptation de celle-ci par le commerçant. 4. La présente directive s'applique également aux offres contractuellement faites par le consommateur dans des conditions semblables à celles décrites au paragraphe 1 ou au paragraphe 2 lorsque le consommateur est lié par son offre.

Article 2

Aux fins de la présente directive, on entend par: - «consommateur», toute personne physique qui, pour les transactions couvertes par la présente directive, agit pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, - «commerçant», toute personne physique ou morale qui, en concluant la transaction en question, agit dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle, ainsi que toute personne qui agit au nom ou pour le compte d'un commerçant.

Article 3

1. Les États membres peuvent décider que la présente directive sera appliquée aux seuls contrats pour lesquels la contre-valeur à acquitter par le consommateur excède une somme déterminée. Cette somme ne peut dépasser 60 Écus. Le Conseil, sur proposition de la Commission, procède tous les deux ans, et pour la première fois au plus tard quatre ans après notification de la présente directive, à l'examen et, le cas échéant, à la révision de ce montant compte tenu de l'évolution économique et monétaire intervenue dans la Communauté. 2. La présente directive ne s'applique pas: a) aux contrats relatifs à la construction, à la vente et à la location des biens immobiliers ainsi qu'aux contrats portant sur d'autres droits relatifs à des biens immobiliers. Les contrats relatifs à la livraison de biens et à leur incorporation dans les biens immeubles ou les contrats relatifs à la réparation de biens immobiliers tombent sous le champ d'application de la présente directive; b) aux contrats relatifs à la livraison de denrées alimentaires ou de boissons ou d'autres biens ménagers de consommation courante fournis par des livreurs effectuant des tournées fréquentes et régulières; c) aux contrats concernant la fourniture de biens ou de services, à condition que les trois critères suivants soient remplis: i) que le contrat soit conclu sur la base d'un catalogue d'un commerçant que le consommateur a eu l'occasion de consulter en l'absence du représentant du commerçant; ii) qu'il soit prévu une continuité de contact entre le représentant du commerçant et le consommateur en ce qui concerne cette transaction ou toute transaction ultérieure; iii) que le catalogue et le contrat mentionnent clairement au consommateur son droit de retourner les biens au fournisseur dans un délai d'au moins sept jours à compter de la date de la réception ou de résilier le contrat au cours de cette période sans obligation aucune, si ce n'est de prendre raisonnablement soin des biens; d) aux contrats d'assurance; e) aux contrats relatifs aux valeurs mobilières. 3. Par dérogation à l'article 1 paragraphe 2, les États membres peuvent ne pas appliquer la présente directive aux contrats concernant la fourniture d'un bien ou d'un service ayant un rapport direct avec le bien ou le service à propos duquel le consommateur a demandé la visite du commerçant.

Article 4

Le commerçant est tenu d'informer par écrit le consommateur, dans le cas de transactions visées à l'article 1er, de son droit de résilier le contrat au cours des délais définis à l'article 5 ainsi que des nom et adresse d'une personne à l'égard de laquelle il peut exercer ce droit. Cette information est datée et mentionne les éléments permettant d'identifier le contrat. Elle est donnée au consommateur: a) dans le cas de l'article 1 paragraphe 1, au moment de la conclusion du contrat; b) dans le cas de l'article 1 paragraphe 2, au plus tard lors de la conclusion du contrat; c) dans le cas de l'article 1 paragraphe 3 et de l'article 1 paragraphe 4, lorsque l'offre est faite par le consommateur. Les États membres veillent à ce que leur législation nationale prévoit des mesures appropriées visant à protéger le consommateur lorsque l'information visée au présent article n'est pas fournie.

Article 5

1. Le consommateur a le droit de renoncer aux effets de son engagement en adressant une notification dans un délai d'au moins sept jours à compter du moment où le consommateur a reçu l'information visée à l'article 4 et conformément aux modalités et conditions prescrites par la législation nationale. En ce qui concerne le respect du délai, il suffit que la notification soit expédiée avant l'expiration de celui-ci. 2. La notification faite a pour effet de libérer le consommateur de toute obligation découlant du contrat résilié.

Article 6

Le consommateur ne peut renoncer aux droits qui lui sont conférés en vertu de la présente directive.

Article 7

Si le consommateur exerce son droit de renonciation, les effets juridiques de la renonciation sont réglés conformément à la législation nationale, notamment en ce qui concerne le remboursement de paiements afférents à des biens ou à des prestations de services ainsi que

la restitution de marchandises reçues.

Article 8

La présente directive ne fait pas obstacle à ce que les États membres adoptent ou maintiennent des dispositions encore plus favorables en matière de protection des consommateurs dans le domaine couvert par elle.

Article 9

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour se conformer à la présente directive dans un délai de vingt-quatre mois à compter de sa notification (1) et en informent immédiatement la Commission. 2. Les États membres veillent à communiquer à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 10

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le 20 décembre 1985. Par le Conseil Le président R. KRIEPS

Directive 86/653 du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants

CHAPITRE PREMIER

Champ d'application

Article premier

1. Les mesures d'harmonisation prescrites par la présente directive s'appliquent aux dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui régissent les relations entre les agents commerciaux et leurs commettants.
2. Aux fins de la présente directive, l'agent commercial est celui qui, en tant qu'intermédiaire indépendant, est chargé de façon permanente, soit de négocier la vente ou l'achat de marchandises pour une autre personne, ci-après dénommée «commettant», soit de négocier et de conclure ces opérations au nom et pour le compte du commettant.
3. Un agent commercial aux fins de la présente directive ne peut être notamment:
 - une personne qui, en qualité d'organe, a le pouvoir d'engager une société ou association,
 - un associé qui est légalement habilité à engager les autres associés,
 - un administrateur judiciaire, un liquidateur ou un syndic de faillite.

Article 2

1. La présente directive ne s'applique pas:
 - aux agents commerciaux dont l'activité n'est pas rémunérée,
 - aux agents commerciaux dans la mesure où ils opèrent dans les bourses de commerce ou sur les marchés de matières premières,
 - à l'organisme connu sous l'appellation de «Crown Agents for Overseas Governments and Administrations», tel qu'il a été institué au Royaume-Uni en vertu de la loi de 1979 relative aux «Crown Agents», ou à ses filiales.
2. Chacun des États membres a la faculté de prévoir que la directive ne s'applique pas aux personnes qui exercent les activités d'agent commercial considérées comme accessoires selon la loi de cet État membre.

CHAPITRE II

Droits et obligations

Article 3

1. L'agent commercial doit, dans l'exercice de ses activités, veiller aux intérêts du commettant et agir loyalement et de bonne foi.
2. En particulier, l'agent commercial doit:
 - a) s'employer comme il se doit à la négociation et, le cas échéant, à la conclusion des opérations dont il est chargé;
 - b) communiquer au commettant toute information nécessaire dont il dispose;
 - c) se conformer aux instructions raisonnables données par le commettant.

Article 4

1. Dans ses rapports avec l'agent commercial, le commettant doit agir loyalement et de bonne foi.
2. En particulier, le commettant doit:
 - a) mettre à la disposition de l'agent commercial la documentation nécessaire qui a trait aux marchandises concernées;
 - b) procurer à l'agent commercial les informations nécessaires à l'exécution du contrat d'agence, notamment aviser l'agent commercial dans un délai raisonnable dès qu'il prévoit que le volume des opérations commerciales sera sensiblement inférieur à celui auquel l'agent commercial aurait pu normalement s'attendre.
3. Le commettant doit, par ailleurs, informer l'agent commercial, dans un délai raisonnable, de son acceptation, de son refus ou de l'inexécution d'une opération commerciale qu'il lui a apportée.

Article 5

Les parties ne peuvent pas déroger aux dispositions des articles 3 et 4.

CHAPITRE III

Rémunération

Article 6

1. En l'absence d'accord à ce sujet entre les parties et sans préjudice de l'application des dispositions obligatoires des États membres sur le niveau des rémunérations, l'agent commercial a droit à une rémunération conforme aux usages pratiqués là où il exerce son activité et pour la représentation des marchandises faisant l'objet du contrat d'agence. En l'absence de tels usages, l'agent commercial a droit à une rémunération raisonnable qui tient compte de tous les éléments qui ont trait à l'opération.
2. Tout élément de la rémunération variant avec le nombre ou la valeur des affaires sera considéré comme constituant une commission aux fins de la présente directive.
3. Les articles 7 à 12 ne s'appliquent pas dans la mesure où l'agent commercial n'est pas rémunéré en tout ou en partie à la commission.

Article 7

1. Pour une opération commerciale conclue pendant la durée du contrat d'agence, l'agent commercial a droit à la commission:
 - a) lorsque l'opération a été conclue grâce à son intervention
 - ou
 - b) lorsque l'opération a été conclue avec un tiers dont il a obtenu antérieurement la clientèle pour des opérations du même genre.
2. Pour une opération conclue pendant la durée du contrat d'agence, l'agent commercial a également droit à la commission:
 - soit lorsqu'il est chargé d'un secteur géographique ou d'un groupe de personnes déterminées,
 - soit lorsqu'il jouit d'un droit d'exclusivité pour un secteur géographique ou un groupe de personnes déterminées, et que l'opération a été

conclue avec un client appartenant à ce secteur ou à ce groupe.

Les États membres doivent insérer dans leur loi l'une ou l'autre possibilité visée aux deux tirets ci-dessus.

Article 8

Pour une opération commerciale conclue après la cessation du contrat d'agence, l'agent commercial a droit à la commission:

a) si l'opération est principalement due à l'activité qu'il a déployée au cours du contrat d'agence et si l'opération est conclue dans un délai raisonnable à compter de la cessation de ce contrat

ou

b) si, conformément aux conditions visées à l'article 7, la commande du tiers a été reçue par le commettant ou par l'agent commercial avant la cessation du contrat d'agence.

Article 9

L'agent commercial n'a pas droit à la commission visée à l'article 7 si celle-ci est due, en vertu de l'article 8, à l'agent commercial précédent, à moins qu'il ne résulte des circonstances qu'il est équitable de partager la commission entre les agents commerciaux.

Article 10

1. La commission est acquise dès que et dans la mesure où l'une des circonstances suivantes se présente:

a) le commettant a exécuté l'opération;

b) le commettant devrait avoir exécuté l'opération en vertu de l'accord conclu avec le tiers;

c) le tiers a exécuté l'opération.

2. La commission est acquise au plus tard lorsque le tiers a exécuté sa part de l'opération ou devrait l'avoir exécutée si le commettant avait exécuté sa part de l'opération.

3. La commission est payée au plus tard le dernier jour du mois qui suit le trimestre au cours duquel elle était acquise.

4. Il ne peut être dérogé par accord aux dispositions des paragraphes 2 et 3 au détriment de l'agent commercial.

Article 11

1. Le droit à la commission ne peut s'éteindre que si et dans la mesure où:

- il est établi que le contrat entre le tiers et le commettant ne sera pas exécuté

et

- l'inexécution n'est pas due à des circonstances imputables au commettant.

2. Les commissions que l'agent commercial a déjà perçues sont remboursées si le droit y afférent est éteint.

3. Il ne peut être dérogé par accord à la disposition du paragraphe 1 au détriment de l'agent commercial.

Article 12

1. Le commettant remet à l'agent commercial un relevé des commissions dues, au plus tard le dernier jour du mois suivant le trimestre au cours duquel elles sont acquises. Ce relevé mentionne tous les éléments essentiels sur la base desquels le montant des commissions a été calculé.

2. L'agent commercial a le droit d'exiger que lui soient fournies toutes les informations, en particulier un extrait des livres comptables, qui sont à la disposition du commettant et qui lui sont nécessaires pour vérifier le montant des commissions qui lui sont dues.

3. Il ne peut être dérogé par accord aux dispositions des paragraphes 1 et 2 au détriment de l'agent commercial.

4. Cette directive n'interfère pas avec les dispositions internes des États membres qui reconnaissent à l'agent commercial un droit de regard sur les livres comptables du commettant.

CHAPITRE IV

Conclusion et fin du contrat d'agence

Article 13

1. Chaque partie a le droit, sur demande, d'obtenir de l'autre partie un écrit signé mentionnant le contenu du contrat d'agence y compris celui des avenants ultérieurs. Il ne peut être renoncé à ce droit.

2. Nonobstant le paragraphe 1, un État membre peut prescrire qu'un contrat d'agence n'est valable que s'il est constaté par écrit.

Article 14

Un contrat à durée déterminée qui continue à être exécuté par les deux parties après son terme est réputé transformé en un contrat d'agence à durée indéterminée.

Article 15

1. Lorsque le contrat d'agence est conclu pour une durée indéterminée, chacune des parties peut y mettre fin moyennant préavis.

2. La durée du préavis est d'un mois pour la première année du contrat, de deux mois pour la deuxième année commencée, de trois mois pour la troisième année commencée et les années suivantes. Les parties ne peuvent convenir de délais de préavis plus courts.

3. Les États membres peuvent fixer la durée de préavis à quatre mois pour la quatrième année du contrat, à cinq mois pour la cinquième année et à six mois pour la sixième année et les années suivantes. Ils peuvent décider que les parties ne peuvent convenir de délais de préavis plus courts.

4. Si les parties conviennent de délais plus longs que ceux qui sont prévus par les paragraphes 2 et 3, le délai de préavis à respecter par le commettant ne doit pas être plus court que celui que devra observer l'agent commercial.

5. Pour autant que les parties n'en aient pas disposé autrement, la fin du délai de préavis doit coïncider avec la fin d'un mois civil.

6. Le présent article s'applique au contrat de durée déterminée transformé, en vertu de l'article 14, en un contrat de durée indéterminée, étant entendu que, dans le calcul de la durée du préavis, doit intervenir la durée déterminée qui précède.

Article 16

La présente directive ne peut interférer avec l'application du droit des États membres lorsque celui-ci prévoit la fin du contrat sans délai:

a) en raison d'un manquement d'une des parties à exécuter tout ou partie de ses obligations;

b) lorsque surviennent de circonstances exceptionnelles.

Article 17

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer à l'agent commercial, après cessation du contrat, une indemnité selon le paragraphe 2 ou la réparation du préjudice selon le paragraphe 3.

2. a) L'agent commercial a droit à une indemnité si et dans la mesure où:

- il a apporté de nouveaux clients au commettant ou développé sensiblement les opérations avec les clients existants et le commettant a encore des avantages substantiels résultant des opérations avec ces clients

et

- le paiement de cette indemnité est équitable, compte tenu de toutes les circonstances, notamment des commissions que l'agent commercial perd et qui résultent des opérations avec ces clients. Les États membres peuvent prévoir que ces circonstances comprennent aussi l'application ou non d'une clause de non-concurrence au sens de l'article 20.

b) Le montant de l'indemnité ne peut excéder un chiffre équivalent à une indemnité annuelle calculée à partir de la moyenne annuelle des

rémunérations touchées par l'agent commercial ou cours de cinq dernières années et, si le contrat remonte à moins de cinq ans, l'indemnité est calculée sur la moyenne de la période.

c) L'octroi de cette indemnité ne prive pas l'agent commercial de faire valoir des dommages-intérêts.

3. L'agent commercial a droit à la réparation du préjudice que lui cause la cessation de ses relations avec le commettant.

Ce préjudice découle notamment de l'intervention de la cessation dans des conditions:

- qui privent l'agent commercial des commissions dont l'exécution normale du contrat lui aurait permis de bénéficier tout en procurant au commettant des avantages substantiels liés à l'activité de l'agent commercial,

- et/ou qui n'ont pas permis à l'agent commercial d'amortir les frais et dépenses qu'il a engagés pour l'exécution du contrat sur la recommandation du commettant.

4. Le droit à l'indemnité visé au paragraphe 2 ou la réparation du préjudice visée au paragraphe 3 naît également lorsque la cessation du contrat intervient à la suite du décès de l'agent commercial.

5. L'agent commercial perd le droit à l'indemnité dans les cas visés au paragraphe 2 ou à la réparation du préjudice dans le cas visé au paragraphe 3 s'il n'a pas notifié au commettant, dans un délai d'un an à compter de la cessation du contrat, qu'il entend faire valoir ses droits.

6. La Commission soumet au Conseil, dans un délai de huit ans à compter de la notification de la présente directive, un rapport consacré à la mise en oeuvre du présent article et lui soumet, le cas échéant, des propositions de modifications.

Article 18

L'indemnité ou la réparation visée à l'article 17 n'est pas due:

a) lorsque le commettant a mis fin au contrat pour un manquement imputable à l'agent commercial et qui justifierait, en vertu de la législation nationale, une cessation du contrat sans délai;

b) lorsque l'agent commercial a mis fin au contrat, à moins que cette cessation ne soit justifiée par des circonstances attribuables au commettant ou par l'âge, l'infirmité ou la maladie de l'agent commercial en raison desquels la poursuite de ses activités ne peut raisonnablement plus être exigée de lui;

c) lorsque, selon un accord avec le commettant, l'agent commercial cède à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence.

Article 19

Les parties ne peuvent pas, avant l'échéance du contrat, déroger aux dispositions des articles 17 et 18 au détriment de l'agent commercial.

Article 20

1. Aux fins de la présente directive, une convention qui prévoit une restriction des activités professionnelles de l'agent commercial après la cessation du contrat est dénommée clause de non-concurrence.

2. Une clause de non-concurrence n'est valable que si et dans la mesure où:

a) elle a été établie par écrit

et

b) elle vise le secteur géographique ou le groupe de personnes et le secteur géographique confiés à l'agent commercial ainsi que le type de marchandises dont il avait la représentation aux termes du contrat.

3. La clause de non-concurrence n'est valable que pour une période maximale de deux ans après la cessation du contrat.

4. Le présent article n'affecte pas les dispositions de droit national qui apportent d'autres restrictions à la validité ou à l'applicabilité des clauses de non-concurrence ou qui prévoient que les tribunaux peuvent diminuer les obligations des parties découlant d'un tel accord.

CHAPITRE V

Dispositions générales et finales

Article 21

Aucune disposition de la présente directive ne peut obliger un État membre à prévoir la divulgation de données au cas où cette divulgation serait contraire à l'ordre public.

Article 22

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions nécessaires pour se conformer à la présente directive avant le 1er janvier 1990. Ils informent immédiatement la Commission. Lesdites dispositions s'appliquent au moins aux contrats conclus après leur mise en vigueur. Elles s'appliquent aux contrats en cours le 1er janvier 1994 au plus tard.

2. À compter de la notification de la présente directive, les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

3. Toutefois, en ce qui concerne l'Irlande et le Royaume-Uni, la date du 1er janvier 1990 visée au paragraphe 1 est remplacée par celle du 1er janvier 1994.

En ce qui concerne l'Italie, cette date est remplacée par le 1er janvier 1993 pour ce qui concerne les obligations découlant de l'article 17.

Article 23

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Directive 87/102 du 22 décembre 1986

relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation

Article premier

1. La présente directive s'applique aux contrats de crédit.

2. Aux fins de la présente directive, on entend par:

a) « consommateur » toute personne physique qui, pour les transactions régies par la présente directive, agit dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle;

b) « prêteur » toute personne physique ou morale ou tout groupement de ces personnes qui consent un crédit dans le cadre de l'exercice de ses activités commerciales ou professionnelles;

c) « contrat de crédit » un contrat en vertu duquel un prêteur consent ou s'engage à consentir à un consommateur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt ou de toute autre facilité de paiement similaire.

Les contrats conclus en vue de la prestation continue de services (privés ou publics) aux termes desquels le consommateur a le droit de régler le coût desdits services, aussi longtemps qu'ils sont fournis, par des paiements échelonnés ne sont pas considérés comme

des contrats de crédit aux fins de la présente directive;

d) « coût total du crédit au consommateur » tous les coûts du crédit, y compris les intérêts et les autres frais directement liés au contrat de crédit, déterminés conformément aux dispositions ou pratiques existantes ou prévues dans les États membres;

e) « taux annuel effectif global » le coût total du crédit au consommateur exprimé en pourcentage annuel du montant du crédit consenti et calculé conformément aux méthodes existantes des États membres.

Article 2

1. La présente directive ne s'applique pas:

a) aux contrats de crédit ou de promesse de crédit:

- destinés principalement à permettre l'acquisition ou le maintien de droits de propriété sur un terrain ou sur un immeuble construit ou à construire,

- destinés à permettre la rénovation ou l'amélioration d'un immeuble;

b) aux contrats de location sauf si ces contrats prévoient que le titre de propriété sera finalement transféré au loueur;

c) aux crédits octroyés ou mis à la disposition sans rémunération en intérêts ni autres charges;

d) aux contrats de crédit ne prévoyant pas d'intérêts à condition que le consommateur accepte de rembourser le crédit en une seule fois;

e) aux crédits consentis sous la forme d'avances sur compte courant par un établissement de crédit ou un établissement financier, cette exclusion ne concernant pas les comptes liés à des cartes de crédit.

Toutefois, les dispositions prévues à l'article 6 s'appliquent à ce type de crédit;

f) aux contrats de crédit portant sur des montants inférieurs à 200 Écus ou supérieurs à 20 000 Écus;

g) aux contrats de crédit en vertu desquels le consommateur est tenu de rembourser le crédit:

- soit dans un délai ne dépassant pas trois mois,

- soit en quatre paiements au maximum, dans un délai ne dépassant pas douze mois.

2. Un État membre peut, en consultation avec la Commission, exempter de l'application de la présente directive certains types de crédit qui remplissent les conditions suivantes:

- ils sont accordés à des taux de frais inférieurs à ceux pratiqués sur le marché

et

- ils ne sont pas proposés au public en général.

3. Les dispositions de l'article 4 et des articles 6 à 12 ne s'appliquent pas aux contrats de crédit ou promesses de crédit garantis par une hypothèque sur un bien immobilier dans la mesure où ceux-ci ne sont pas déjà exclus du champ d'application de la présente directive en vertu du paragraphe 1 point a).

4. Les États membres peuvent ne pas soumettre aux dispositions des articles 6 à 12 les contrats de crédit conclus sous la forme d'un acte authentique signé devant notaire ou devant un juge.

Article 3

Sans préjudice de la directive 84/450/CEE du Conseil, du 10 septembre 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse (1), ainsi que des règles et principes applicables à la publicité déloyale, toute publicité, ou toute offre affichée dans des locaux commerciaux, par laquelle un annonceur se déclare prêt à octroyer un crédit ou à servir d'intermédiaire pour la conclusion de contrats de crédit et qui indique le taux d'intérêt ou tout autre chiffre portant sur le coût du crédit, doit également mentionner le taux annuel effectif global, au moyen d'un exemple représentatif s'il n'est pas possible d'utiliser d'autres méthodes.

Article 4

1. Les contrats de crédit sont établis par écrit. Le consommateur reçoit un exemplaire du contrat écrit.

2. Le contrat écrit contient:

a) une indication du taux annuel effectif global;

b) une indication des conditions dans lesquelles le taux annuel effectif global peut être modifié.

Lorsqu'il n'est pas possible d'indiquer le taux annuel effectif global, il y a lieu néanmoins de fournir au consommateur des informations adéquates dans le contrat écrit. Cette information comprend au moins les informations visées à l'article 6 paragraphe 1 deuxième tiret.

3. Le contrat écrit comporte en outre les autres conditions essentielles du contrat.

À titre d'exemple, l'annexe de la présente directive comprend une liste de conditions jugées essentielles dont les États membres peuvent exiger la mention dans le contrat écrit.

Article 5

Par dérogation à l'article 3 et à l'article 4 paragraphe 2, et en attendant une désision sur l'introduction d'une ou de plusieurs méthodes communautaires de calcul du taux annuel effectif global, les États membres qui, au moment de la notification de la présente directive, n'exigent pas qu'apparaisse le taux annuel effectif global ou qui n'ont pas arrêté de méthode pour son calcul exigent au moins que soit indiqué le coût total du crédit au consommateur.

Article 6

1. Nonobstant l'exclusion prévue à l'article 2 paragraphe 1 point e), lorsqu'un contrat a été passé entre un établissement de crédit ou un organisme financier et un consommateur pour l'octroi d'un crédit sous la forme d'une avance sur compte courant, sauf dans le cas des comptes liés à des cartes de crédit, le consommateur est informé au moment de la conclusion du contrat ou avant celle-ci:

- du plafond éventuel du crédit,

- du taux d'intérêt annuel et des frais applicables dès la conclusion du contrat et des conditions dans lesquelles ils pourront être modifiés,

- des modalités selon lesquelles il peut être mis fin au contrat.

Ces informations sont confirmées par écrit.

2. De plus, en cours de contrat, le consommateur est informé de toute modification du taux d'intérêt annuel ou des frais au moment où intervient cette modification. Cette information peut être fournie dans un relevé de compte ou par tout autre moyen jugé acceptable par les États membres.

3. Dans les États membres où l'existence d'un découvert accepté tacitement est licite, ces derniers veillent à ce que le consommateur soit informé du taux d'intérêt annuel et des frais éventuels applicables ainsi que de toute modification de ceux-ci, lorsque ce découvert se prolonge au-delà d'une période de trois mois.

Article 7

Lorsqu'il s'agit d'un crédit consenti en vue de l'acquisition de bien, les États membres fixent les conditions dans lesquelles les biens peuvent être repris, notamment lorsque le consommateur n'a pas donné son accord. Ils veillent en outre à ce que, lorsque le prêteur reprend les biens, le décompte entre les parties soit établi de manière à éviter que la reprise n'entraîne un enrichissement non justifié.

Article 8

Le consommateur a le droit de se s'acquitter par anticipation des obligations qui découlent pour lui du contrat de crédit. Dans ce cas, le

consommateur a droit, conformément aux dispositions arrêtées par les États membres, à une réduction équitable du coût du crédit.

Article 9

Lorsque les droits du prêteur au titre d'un contrat de crédit sont cédés à un tiers, le consommateur peut faire valoir à l'égard de ce tiers les mêmes exceptions et défenses qu'il pouvait invoquer à l'égard du prêteur initial, y compris le droit à compensation pour autant que celle-ci soit autorisée dans l'État membre concerné.

Article 10

Les États membres qui, en ce qui concerne les contrats de crédit, autorisent le consommateur:

- a) à effectuer le paiement au moyen de lettres de change, y compris les promesses;
 - b) à donner une garantie au moyen de lettres de change, y compris les promesses et les chèques,
- veillent à ce que le consommateur soit convenablement protégé lorsqu'il est fait usage de ces instruments dans les cas indiqués.

Article 11

1. Les États membres veillent à ce que l'existence d'un contrat de crédit n'affecte en rien les droits que le consommateur peut faire valoir à l'encontre du fournisseur des biens ou des services achetés au moyen d'un tel contrat lorsque les biens ou les services ne sont pas fournis ou que, pour d'autres raisons, ils ne sont pas conformes au contrat y relatif.

2. Le consommateur a le droit d'exercer un recours à l'encontre du prêteur lorsque,

- a) en vue de l'achat de biens ou l'obtention des services, le consommateur conclut un contrat de crédit avec une personne autre que le fournisseur des biens ou le prestataire des services

et

- b) il existe entre le prêteur et le fournisseur des biens ou le prestataire des services un accord préalable aux termes duquel un crédit est octroyé exclusivement par ce prêteur aux clients de ce fournisseur ou prestataire pour l'acquisition de biens ou l'obtention de services fournis par ledit fournisseur ou prestataire

et

- c) le consommateur visé au point a) obtient son crédit en vertu de cet accord préalable

et

- d) les biens ou les services faisant l'objet du contrat de crédit ne sont pas livrés ou fournis ou ne le sont qu'en partie ou ne sont pas conformes au contrat y relatif

et

- e) le consommateur a exercé un recours contre le fournisseur ou prestataire sans obtenir satisfaction comme il y avait droit.

Les États membres déterminent dans quelle mesure et à quelles conditions ce recours peut être exercé.

3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas lorsque l'opération en question porte sur un montant inférieur à l'équivalent de 200 Écus.

Article 12

1. Les États membres:

- a) veillent à ce que les personnes proposant des crédits ou servant d'intermédiaire pour la conclusion de contrats de crédit obtiennent l'autorisation officielle de le faire, soit expressément, soit à titre de fournisseurs de biens et prestataires de services

ou

- b) veillent à ce que les activités des personnes octroyant des crédits ou servant d'intermédiaire pour l'octroi de crédits soient contrôlées ou supervisées par une institution ou un organisme officiel

ou encore

- c) facilitent la mise en place d'organismes appropriés auprès desquels peuvent être déposées des réclamations portant sur les contrats de crédit ou les conditions de crédit et pour fournir aux consommateurs des informations ou des conseils à leur sujet.

2. Les États membres peuvent prévoir que l'autorisation visée au paragraphe 1 point a) n'est pas nécessaire lorsque les personnes proposant des contrats de crédit ou servant d'intermédiaire pour la conclusion de tels contrats répondent à la définition de l'article 1er de la première directive du Conseil, du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (1) et sont autorisées en vertu des dispositions de ladite directive.

Lorsque des personnes octroyant des crédits ou servant d'intermédiaire pour l'octroi de crédits ont obtenu à cette fin à la fois une autorisation expresse au titre des dispositions du paragraphe 1 point a) et une autorisation résultant des dispositions de la directive susmentionnée, mais que cette dernière autorisation leur a été retirée par la suite, l'autorité compétente chargée de délivrer l'autorisation d'octroi de crédits au titre du paragraphe 1 point a) en est informée et décide si les personnes en question peuvent continuer à octroyer des crédits ou à servir d'intermédiaire pour l'octroi de crédits ou si l'autorisation spécifique délivrée au titre du paragraphe 1 point a) doit leur être retirée.

Article 13

1. Aux fins de la présente directive, l'Écu est celui défini par le règlement (CEE) no 3180/78, modifié par le règlement (CEE) no 2626/84. La contrevaletur en monnaie nationale est initialement celle qui est applicable le jour de l'adoption de la présente directive.

Les États membres peuvent arrondir les montants en monnaie nationale résultant de la conversion des montants en Écus à condition que cet ajustement ne dépasse pas 10 Écus.

2. Le Conseil, sur proposition de la Commission, procède tous les cinq ans, et pour la première fois en 1995, à l'examen et, au besoin, à la révision des montants visés par la présente directive, en fonction de l'évolution économique et monétaire dans la Communauté.

Article 14

1. Les États membres veillent à ce que les contrats de crédit ne dérogent pas, au détriment du consommateur, aux dispositions de droit national qui mettent en application la présente directive ou qui lui correspondent.

2. Les États membres veillent ou outre à ce que les dispositions qu'ils adoptent pour la mise en application de la présente directive ne puissent être tournées par des formes particulières données aux contrats, notamment par une répartition du montant du crédit sur plusieurs contrats.

Article 15

La présente directive n'empêche pas les États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions plus strictes pour la protection des consommateurs, compte tenu des obligations qui leur incombent au titre du traité.

Article 16

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 1er janvier 1990 et en informent immédiatement la Commission.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 17

Au plus tard le 1er janvier 1995, la Commission présente au Conseil un rapport sur l'application de la présente directive.

Article 18

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

ANNEXE

LISTE DES ÉLÉMENTS VISÉS À L'ARTICLE 4 PARAGRAPHE 3

1. Contrats de crédit ayant pour objet le financement de la fourniture de biens ou de services

1.2 // i) // une description des biens ou des services qui font l'objet du contrat; // ii) // le prix au comptant et le prix à payer en vertu du contrat de crédit; // iii) // le montant de l'acompte éventuel, le nombre et le montant des paiements échelonnés ainsi que leurs échéances, ou la méthode à utiliser pour déterminer chacun de ces éléments s'ils sont encore inconnus au moment de la conclusion du contrat; // iv) // une indication précisant que le consommateur aura droit, conformément à l'article 8, à une réduction en cas de remboursement anticipé; // v) // l'identité du propriétaire des biens (s'il n'y a pas immédiatement transfert de propriété au consommateur) et les conditions dans lesquelles le consommateur en devient propriétaire; // vi) // des précisions sur les garanties éventuellement demandées; // vii) // l'indication du délai de réflexion éventuel; // viii) // l'indication de la ou des assurances éventuellement demandées et, si le choix de l'assureur n'est pas laissé au consommateur, du coût de celle(s)-ci.

2. Contrats de crédit liés à l'utilisation de cartes de crédit

1.2 // i) // le plafond éventuel du crédit; // ii) // les conditions de remboursement ou le moyen de les déterminer; // iii) // l'indication du délai de réflexion éventuel.

3. Contrats de crédit revêtant la forme de crédits de caisse et non régis par d'autres dispositions de la directive

1.2 // i) // le plafond éventuel du crédit ou la méthode de calcul de celui-ci; // ii) // les conditions d'utilisation et de remboursement; // iii) // l'indication du délai de réflexion éventuel.

4. Autres contrats de crédit relevant de la directive

1.2 // i) // le plafond éventuel du crédit; // ii) // l'indication des garanties éventuellement demandées; // iii) // les conditions de remboursement; // iv) // l'indication du délai de réflexion éventuel; // v) // une indication précisant que le consommateur aura droit, conformément aux dispositions de l'article 8, à une réduction en cas de remboursement anticipé.

modifiée par la directive 98/7/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 16 février 1998 modifiant la directive 87/102/CEE

Article premier

La directive 87/102/CEE est modifiée comme suit:

b) À l'article 1er bis, le paragraphe 3 est supprimé.

c) À l'article 1er bis, le paragraphe 5 est supprimé.

d) L'article 3 est remplacé par le texte suivant:

«Article 3

Sans préjudice de la directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse (*), ainsi que des règles et principes applicables à la publicité déloyale, toute publicité, ou toute offre affichée dans des locaux commerciaux, par laquelle une personne se déclare prête à octroyer un crédit ou à servir d'intermédiaire pour la conclusion de contrats de crédit et qui indique le taux d'intérêt ou tout autre chiffre portant sur le coût du crédit, doit également indiquer le taux annuel effectif global, au moyen d'un exemple représentatif s'il n'est pas possible d'utiliser d'autres méthodes.

(*) JO L 250 du 19.9.1984, p. 17. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 97/55/CE (JO L 290 du 23.10.1997, p. 18).»

e) L'annexe II est remplacée par le texte de l'annexe I de la présente directive.

f) L'annexe III est remplacée par le texte de l'annexe II de la présente directive.

Article 2

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard deux ans après l'entrée en vigueur de la présente directive. Ils en informent la Commission.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 3

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Remarques

a) Les sommes versées de part et d'autre à différents moments ne sont pas nécessairement égales et ne sont pas nécessairement versées à des intervalles égaux.

b) La date initiale est celle du premier prêt.

c) L'écart entre les dates utilisées pour le calcul est exprimé en années ou en fractions d'années. Une année compte 365 jours, 365,25 jours ou, pour les années bissextiles, 366 jours, 52 semaines ou 12 mois normalisés. Un mois normalisé compte 30,41666 jours (c'est-à-dire >NUM>365/>DEN>12).

d) Le résultat du calcul est exprimé avec une exactitude d'au moins une décimale. Lorsque le chiffre est arrondi à une décimale particulière, la règle suivante est d'application:

si le chiffre de la décimale suivant cette décimale particulière est supérieur ou égal à 5, le chiffre de cette décimale particulière sera augmenté de 1.

e) Les États membres prévoient que les méthodes de résolution applicables donnent un résultat égal à celui des exemples présentés à l'annexe III.»

Directive 90/314 du 13 juin 1990
concernant les voyages, vacances et circuits à forfait

Article premier

La présente directive a pour objet de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant les voyages à forfait, les vacances et circuits à forfait, vendus ou offerts à la vente sur le territoire de la Communauté.

Article 2

Aux fins de la présente directive, on entend par:

1) forfait: la combinaison préalable d'au moins deux des éléments suivants, lorsqu'elle est vendue ou offerte à la vente à un prix tout compris et lorsque cette prestation dépasse vingt-quatre heures ou inclut une nuitée:

a) transport;
b) logement;
c) autres services touristiques non accessoires au transport ou au logement représentant une part significative dans le forfait. La facturation séparée de divers éléments d'un même forfait ne soustrait pas l'organisateur ou le détaillant aux obligations de la présente directive;

2) organisateur: la personne qui, de façon non occasionnelle, organise des forfaits et les vend ou offre à la vente directement ou par l'intermédiaire d'un détaillant;

3) détaillant: la personne qui vend ou offre à la vente le forfait établi par l'organisateur;

4) consommateur: la personne qui achète ou s'engage à acheter le forfait (« le contractant principal »), ou toute personne au nom de laquelle le contractant principal s'engage à acheter le forfait (« les autres bénéficiaires »), ou toute personne à laquelle le contractant principal ou un des autres bénéficiaires cède le forfait (« le cessionnaire »);

5) contrat: l'accord qui lie le consommateur à l'organisateur et/ou au détaillant.

Article 3

1. Toute description du forfait communiquée par l'organisateur ou le détaillant au consommateur, son prix et toutes les autres conditions applicables au contrat ne doivent pas contenir d'indications trompeuses. 2. Si une brochure est mise à la disposition du consommateur, elle doit indiquer de manière lisible, claire et précise le prix ainsi que les informations appropriées concernant les éléments suivants:

a) la destination, les moyens, les caractéristiques et les catégories de transport utilisés;
b) le mode d'hébergement, sa situation, sa catégorie ou son niveau de confort et ses principales caractéristiques, son homologation et son classement touristique en vertu de la réglementation de l'État membre d'accueil concerné;
c) les repas fournis;
d) l'itinéraire;
e) les informations d'ordre général concernant les conditions applicables aux ressortissants de l'État ou des États membres concernés en matière de passeports et de visas, ainsi que les formalités sanitaires nécessaires pour le voyage et le séjour;
f) le montant ou le pourcentage du prix à verser à titre d'acompte et le calendrier pour le paiement du solde;
g) si le forfait exige pour sa réalisation un nombre minimal de personnes et, dans ce cas, la date limite d'information du consommateur en cas d'annulation.

Les informations contenues dans la brochure engagent l'organisateur ou le détaillant, à moins que:

- des changements dans ces informations n'aient été clairement communiqués au consommateur avant la conclusion du contrat; la brochure doit en faire état expressément,
- des modifications n'interviennent ultérieurement à la suite d'un accord entre les parties au contrat.

Article 4

1. a) L'organisateur et/ou le détaillant fournissent, par écrit ou sous toute autre forme appropriée, au consommateur, avant la conclusion du contrat, les informations d'ordre général concernant les conditions applicables aux ressortissants de l'État membre ou des États membres concerné(s) en matière de passeports et de visas, et notamment quant aux délais pour leur obtention, ainsi que les informations relatives aux formalités sanitaires nécessaires pour le voyage et le séjour;

b) L'organisateur et/ou le détaillant doivent fournir au consommateur, par écrit ou sous toute autre forme appropriée, en temps voulu avant le début du voyage, les informations suivantes:

i) les horaires et les lieux des escales et correspondances, ainsi que l'indication de la place à occuper par le voyageur, par exemple la cabine ou la couchette s'il s'agit d'un bateau, ou le compartiment couchettes ou le wagon-lit s'il s'agit d'un train;
ii) le nom, l'adresse et le numéro de téléphone de la représentation locale de l'organisateur et/ou du détaillant ou, à défaut, les nom, adresse et numéro de téléphone des organismes locaux susceptibles d'aider le consommateur en cas de difficultés. Lorsque ces représentations et ces organismes n'existent pas, le consommateur doit disposer en tout état de cause d'un numéro d'appel d'urgence ou de toute autre information lui permettant d'établir le contact avec l'organisateur et/ou le détaillant;

iii) pour les voyages et séjours de mineurs d'âge à l'étranger, les informations permettant d'établir un contact direct avec l'enfant ou le responsable sur place de son séjour;

iv) une information sur la souscription facultative d'un contrat d'assurance couvrant les frais d'annulation par le consommateur ou d'un contrat d'assistance couvrant les frais de rapatriement en cas d'accident ou de maladie.

2. Les États membres veillent à ce que le contrat respecte les principes suivants:

- a) selon le forfait considéré, le contrat comprend au moins les clauses figurant à l'annexe;
- b) toutes les clauses du contrat sont consignées par écrit ou sous toute autre forme compréhensible et accessible au consommateur et doivent lui être communiquées préalablement à la conclusion du contrat; le consommateur en reçoit une copie;
- c) les dispositions du point b) ne doivent pas empêcher la conclusion tardive ou « en dernière minute » de réservations ou de contrats.

3. Lorsque le consommateur est empêché de participer au forfait, il peut céder sa réservation, après en avoir informé l'organisateur ou le détaillant dans un délai raisonnable avant le départ, à une personne qui remplit toutes les conditions requises pour le forfait. La personne qui cède son forfait et le cessionnaire sont responsables solidairement, vis-à-vis de l'organisateur ou du détaillant partie au contrat, du paiement du solde du prix ainsi que des frais supplémentaires éventuels occasionnés par cette cession.

4. a) Les prix établis par le contrat ne sont pas révisibles, sauf si celui-ci prévoit expressément la possibilité d'une révision tant à la hausse qu'à la baisse, et en détermine les modalités précises de calcul, uniquement pour tenir compte des variations:

- du coût des transports, y compris le coût du carburant,
- des redevances et taxes afférentes à certains services, telles que les taxes d'atterrissage, de débarquement ou d'embarquement dans les ports et les aéroports,
- des taux de change appliqués au forfait considéré.

b) Au cours des vingt jours qui précèdent la date de départ prévue, le prix fixé au contrat ne sera pas majoré.

5. Lorsque, avant le départ, l'organisateur se trouve contraint de modifier, de façon significative, le contrat sur un des éléments essentiels, tel que le prix, il doit le notifier le plus rapidement possible au consommateur pour lui permettre de prendre les décisions appropriées, et notamment:

- soit résilier le contrat sans pénalité,
- soit accepter un avenant au contrat précisant les modifications apportées et leur incidence sur le prix.

Le consommateur doit informer l'organisateur ou le détaillant de sa décision dans les meilleurs délais.

6. Lorsque le consommateur résilie le contrat conformément au paragraphe 5 ou que, pour quelque cause que ce soit, à l'exclusion d'une faute du consommateur, l'organisateur annule le forfait avant la date de départ convenue, le consommateur a droit:

a) soit à un autre forfait de qualité équivalente ou supérieure au cas où l'organisateur et/ou le détaillant peuvent le lui proposer. Si le forfait offert en substitution est de qualité inférieure, l'organisateur doit rembourser au consommateur la différence de prix;

b) soit au remboursement dans les meilleurs délais de toutes les sommes versées par lui en vertu du contrat.

Dans ces cas, il a droit, si cela est approprié, à un dédommagement pour inexécution du contrat, qui lui est versé soit par l'organisateur, soit par le détaillant, selon ce que prescrit la législation de l'État membre concerné, sauf lorsque:

i) l'annulation résulte du fait que le nombre de personnes inscrites pour le forfait est inférieur au nombre minimum exigé et que le consommateur est informé de l'annulation, par écrit, dans les délais indiqués dans la description du forfait ou

ii) l'annulation, à l'exclusion d'une surréservation, est imputable à un cas de force majeure, à savoir à des circonstances étrangères à celui qui l'invoque, anormales et imprévisibles, dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toutes les diligences déployées.

7. Lorsque, après le départ du consommateur, une part importante des services prévus par le contrat n'est pas fournie ou que l'organisateur constate qu'il ne pourra assurer une part importante des services prévus, l'organisateur prend, sans supplément de prix pour le consommateur, d'autres arrangements appropriés pour la continuation du forfait et, le cas échéant, dédommage le consommateur à concurrence de la différence entre les prestations prévues et fournies.

Lorsque de tels arrangements sont impossibles ou ne sont pas acceptés par le consommateur pour des raisons valables, il fournit, le cas échéant, au consommateur, sans supplément de prix, un moyen de transport équivalent qui le ramène au lieu de départ ou à un autre lieu de retour convenu avec lui et, le cas échéant, dédommage le consommateur.

Article 5

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que l'organisateur et/ou le détaillant partie au contrat soient responsables à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant de ce contrat, que ces obligations soient à exécuter par eux-mêmes ou par d'autres prestataires de services et ceci sans préjudice du droit de l'organisateur et/ou du détaillant d'agir contre ces autres prestataires de services.

2. En ce qui concerne les dommages qui résultent pour le consommateur de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat, les États membres prennent les mesures nécessaires pour que l'organisateur et/ou le détaillant soient responsables, à moins que cette inexécution ou mauvaise exécution ne soit imputable ni à leur faute ni à celle d'un autre prestataire de services parce que:

- les manquements constatés dans l'exécution du contrat sont imputables au consommateur,
- ces manquements sont imputables à un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, revêtant un caractère imprévisible ou insurmontable,
- ces manquements sont dus à un cas de force majeure, telle que définie à l'article 4 paragraphe 6 deuxième alinéa sous ii) ou à un événement que l'organisateur et/ou le détaillant ou le prestataire, avec toute la diligence nécessaire, ne pouvaient pas prévoir ou surmonter.

Dans les cas visés au premier alinéa deuxième et troisième tirets, l'organisateur et/ou le détaillant partie au contrat sont tenus de faire diligence pour venir en aide au consommateur en difficulté.

En ce qui concerne les dommages résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des prestations faisant l'objet du

forfait, les États membres peuvent admettre que le dédommagement soit limité conformément aux conventions internationales qui régissent ces prestations.

En ce qui concerne les dommages autres que corporels résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des prestations faisant l'objet du forfait, les États membres peuvent admettre que le dédommagement soit limité en vertu du contrat. Cette limitation ne doit pas être déraisonnable.

3. Sans préjudice du paragraphe 2 quatrième alinéa, il ne peut être dérogé par clause contractuelle aux paragraphes 1 et 2.

4. Toute défaillance dans l'exécution du contrat constatée sur place par le consommateur doit être signalée le plus tôt possible, par écrit ou sous toute autre forme appropriée, par le consommateur au prestataire concerné ainsi qu'à l'organisateur et/ou au détaillant.

Cette obligation doit faire l'objet d'une mention claire et précise dans le contrat. Article 6

En cas de réclamation, l'organisateur et/ou le détaillant ou son représentant local, s'il en existe, doivent faire preuve de diligence pour trouver des solutions appropriées.

Article 7

L'organisateur et/ou le détaillant partie au contrat justifient des garanties suffisantes propres à assurer, en cas d'insolvabilité ou de faillite, le remboursement des fonds déposés et le rapatriement du consommateur.

Article 8

Les États membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes pour protéger le consommateur.

Article 9

1. Les États membres mettent en oeuvre les mesures nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 31 décembre 1992. Ils en informent immédiatement la Commission.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive. La Commission communique ces textes aux autres membres.

Article 10

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

ANNEXE

Éléments à inclure dans le contrat lorsqu'ils s'appliquent au forfait considéré:

- a) la destination ou les destinations du voyage et, en cas de séjour fractionné, les différentes périodes et leurs dates;
- b) les moyens, les caractéristiques et les catégories de transports utilisés, les dates, heures et lieux de départ et de retour;
- c) lorsque le forfait comprend un hébergement, sa situation, sa catégorie touristique ou son niveau de confort, et ses principales caractéristiques, sa conformité au regard de la réglementation de l'État membre d'accueil concerné, le nombre de repas fournis;
- d) si le forfait exige pour sa réalisation un nombre minimum de personnes et, dans ce cas, la date limite d'information du consommateur en cas d'annulation;
- e) l'itinéraire;
- f) les visites, les excursions ou autres services inclus dans le prix total convenu du forfait;
- g) le nom et l'adresse de l'organisateur, du détaillant et, s'il y a lieu, de l'assureur;
- h) le prix du forfait ainsi qu'une indication de toute révision éventuelle du prix en vertu de l'article 4 paragraphe 4, et l'indication des éventuelles redevances et taxes afférentes à certains services (taxes d'atterrissage, de débarquement ou d'embarquement dans les ports et les aéroports, taxes de séjour) lorsqu'elles ne sont pas incluses dans le prix du forfait;
- i) le calendrier et les modalités de paiement du prix;
- j) les desiderata particuliers que le consommateur a fait connaître à l'organisateur ou au détaillant au moment de la réservation et que l'un et l'autre ont acceptés;
- k) les délais dans lesquels le consommateur doit formuler une éventuelle réclamation pour l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat.

<p style="text-align: center;">Directive 93/13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs</p>

Article premier

1. La présente directive a pour objet de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur.

2. Les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des dispositions ou principes des conventions internationales, dont les États membres ou la Communauté sont partis, notamment dans le domaine des transports, ne sont pas soumises aux dispositions de la présente directive.

Article 2

Aux fins de la présente directive, on entend par:

- a) « clauses abusives »: les clauses d'un contrat telles qu'elles sont définies à l'article 3;
- b) « consommateur »: toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle;
- c) « professionnel »: toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée.

Article 3

1. Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat.

2. Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement

et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion. Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion. Si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe.

3. L'annexe contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives.

Article 4

1. Sans préjudice de l'article 7, le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.

2. L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.

Article 5

Dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible. En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut. Cette règle d'interprétation n'est pas applicable dans le cadre des procédures prévues à l'article 7 paragraphe 2.

Article 6

1. Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives.

2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres.

Article 7

1. Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel.

2. Les moyens visés au paragraphe 1 comprennent des dispositions permettant à des personnes ou à des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses.

3. Dans le respect de la législation nationale, les recours visés au paragraphe 2 peuvent être dirigés, séparément ou conjointement, contre plusieurs professionnels du même secteur économique ou leurs associations qui utilisent ou recommandent l'utilisation des mêmes clauses contractuelles générales, ou de clauses similaires.

Article 8

Les États membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes, compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur.

Article 9

La Commission soumet au Parlement européen et au Conseil, cinq ans au plus tard après la date visée à l'article 10 paragraphe 1, un rapport concernant l'application de la présente directive.

Article 10

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 31 décembre 1994. Ils en informent immédiatement la Commission. Ces dispositions sont applicables à tous les contrats conclus après le 31 décembre 1994.

2. Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

3. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 11

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

ANNEXE

CLAUSES VISÉES À L'ARTICLE 3 PARAGRAPHE 3 1. Clauses ayant pour objet ou pour effet:

- a) d'exclure ou de limiter la responsabilité légale du professionnel en cas de mort d'un consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission de ce professionnel;
- b) d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel d'une quelconque des obligations contractuelles, y compris la possibilité de compenser une dette envers le professionnel avec une créance qu'il aurait contre lui;
- c) de prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté;
- d) de permettre au professionnel de retenir des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir le droit, pour le consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel lorsque c'est celui-ci qui renonce;
- e) d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé;
- f) d'autoriser le professionnel à résilier le contrat de façon discrétionnaire si la même faculté n'est pas reconnue au consommateur, ainsi que de permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non encore réalisées par lui, lorsque c'est le professionnel lui-même qui résilie le contrat;
- g) d'autoriser le professionnel à mettre fin sans un préavis raisonnable à un contrat à durée indéterminée, sauf en cas de motif grave;
- h) de proroger automatiquement un contrat à durée déterminée en l'absence d'expression contraire du consommateur, alors qu'une date excessivement éloignée de la fin du contrat a été fixée comme date limite pour exprimer cette volonté de non-prorogation de la part du consommateur;
- i) constater de manière irréfutable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat;
- j) d'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat;

- k) d'autoriser les professionnels à modifier unilatéralement sans raison valable des caractéristiques du produit à livrer ou du service à fournir;
- l) de prévoir que le prix des biens est déterminé au moment de la livraison, ou d'accorder au vendeur de biens ou au fournisseur de services le droit d'augmenter leurs prix, sans que, dans les deux cas, le consommateur n'ait de droit correspondant lui permettant de rompre le contrat au cas où le prix final est trop élevé par rapport au prix convenu lors de la conclusion du contrat;
- m) d'accorder au professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou le service fourni est conforme aux stipulations du contrat ou de lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat;
- n) de restreindre l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de soumettre ses engagements au respect d'une formalité particulière;
- o) d'obliger le consommateur à exécuter ses obligations lors même que le professionnel n'exécute pas les siennes;
- p) de prévoir la possibilité de cession du contrat de la part du professionnel, lorsqu'elle est susceptible d'engendrer une diminution des garanties pour le consommateur sans l'accord de celui-ci;
- q) de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat.
2. Portée des points g), j) et l)
- a) Le point g) ne fait pas obstacle à des clauses par lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de mettre fin au contrat à durée indéterminée unilatéralement, et ce, sans préavis en cas de raison valable, pourvu que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes immédiatement.
- b) Le point j) ne fait pas obstacle à des clauses selon lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de modifier le taux d'intérêt dû par le consommateur ou dû à celui-ci, ou le montant de toutes autres charges afférentes à des services financiers, sans aucun préavis en cas de raison valable, pourvu que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes dans les meilleurs délais et que celles-ci soient libres de résilier immédiatement le contrat.
- Le point j) ne fait pas non plus obstacle à des clauses selon lesquelles le professionnel se réserve le droit de modifier unilatéralement les conditions d'un contrat de durée indéterminée pourvu que soit mis à sa charge le devoir d'en informer le consommateur avec un préavis raisonnable et que celui-ci soit libre de résilier le contrat.
- c) Les points g), j) et l) ne sont pas applicables aux:
- transactions concernant les valeurs mobilières, instruments financiers et autres produits ou services dont le prix est lié aux fluctuations d'un cours ou d'un indice boursier ou d'un taux de marché financier que le professionnel ne contrôle pas,
 - contrats d'achat ou de vente de devises, de chèques de voyage ou de mandats-poste internationaux libellés en devises.
- d) Le point l) ne fait pas obstacle aux clauses d'indexation de prix pour autant qu'elles soient licites et que le mode de variation du prix y soit explicitement décrit.

Directive 94/47 du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers

Article premier

La présente directive a pour objet de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant directement ou indirectement sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un ou de plusieurs biens immobiliers.

La présente directive ne vise que les dispositions concernant les transactions contractuelles dans leurs aspects relatifs:

- à l'information sur les éléments constitutifs du contrat et aux modalités de la transmission de cette information,
- aux procédures et modalités de résiliation et de rétractation.

Dans le respect des règles générales du traité, les États membres restent compétents pour les autres aspects, entre autres pour déterminer la nature juridique des droits qui font l'objet des contrats visés par la présente directive.

Article 2

Aux fins de la présente directive, on entend par:

- « contrat portant directement ou indirectement sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un ou de plusieurs biens immobiliers », ci-après dénommé « contrat »: tout contrat ou groupe de contrats conclu pour au moins trois années, par lequel, directement ou indirectement, moyennant un certain prix global, un droit réel ou tout autre droit portant sur l'utilisation d'un ou de plusieurs biens immobiliers, pendant une période déterminée ou déterminable de l'année qui ne peut être inférieure à une semaine, est créé ou fait l'objet d'un transfert ou d'un engagement de transfert,
- « bien immobilier »: tout immeuble ou toute partie d'un immeuble à usage d'habitation sur lequel porte le droit objet du contrat,
- « vendeur »: toute personne physique ou morale qui, dans les transactions relevant de la présente directive et dans le cadre de son activité professionnelle, crée, transfère ou s'engage à transférer le droit objet du contrat,
- « acquéreur »: toute personne physique qui, agissant dans les transactions relevant de la présente directive, à des fins dont on peut considérer qu'elles n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle, se voit transférer le droit objet du contrat, ou au bénéfice de laquelle est créé le droit objet du contrat.

Article 3

1. Les États membres prévoient dans leur législation des mesures visant à ce que le vendeur soit tenu de remettre à toute personne qui demande des informations sur le ou les biens immobiliers un document qui, outre une description générale de ce ou ces biens, fournit au moins des informations concises et précises sur les éléments mentionnés aux points a) à g), i) et l) de l'annexe, de même que des indications sur la manière d'obtenir des informations complémentaires.

2. Les États membres prévoient dans leur législation que toutes les informations visées au paragraphe 1 et qui doivent être contenues dans le document visé au paragraphe 1 font partie intégrante du contrat.

Sauf accord exprès des parties, des changements apportés aux informations contenues dans le document visé au paragraphe 1 ne peuvent résulter que de circonstances indépendantes de la volonté du vendeur.

Les changements apportés à ces informations doivent être communiqués à l'acquéreur avant la conclusion du contrat. Le contrat doit faire expressément état de ces changements.

3. Toute publicité relative au bien immobilier concerné indique la possibilité d'obtenir le document visé au paragraphe 1, ainsi que l'endroit où il faut s'adresser à cet effet.

Article 4

Les États membres prévoient dans leur législation:

- que le contrat, qui est obligatoirement établi par écrit, doit contenir au moins les éléments mentionnés à l'annexe,
- que le contrat et le document visé à l'article 3 paragraphe 1 doivent être rédigés, parmi les langues officielles de la Communauté, dans la langue ou une des langues de l'État membre où réside l'acquéreur ou dans la langue ou une des langues de l'État membre dont il est ressortissant, au choix de l'acquéreur. Toutefois, l'État membre où réside l'acquéreur peut imposer que le contrat soit rédigé dans tous les cas au moins dans sa ou ses langues parmi les langues officielles de la Communauté et - que le vendeur doit remettre à l'acquéreur une traduction conforme du contrat dans la langue ou une des langues parmi les langues officielles de la Communauté de l'État membre où le bien immobilier est situé.

Article 5

Les États membres prévoient dans leur législation les éléments suivants:

- 1) outre les possibilités offertes à l'acquéreur par les législations nationales en matière d'invalidité des contrats, l'acquéreur a le droit:
 - de se rétracter, sans indiquer de motif, dans un délai de dix jours de calendrier à compter de la signature du contrat par les deux parties ou de la signature par les deux parties d'un contrat préliminaire contraignant. Si le dixième jour est un jour férié, le délai est prolongé jusqu'au premier jour ouvrable suivant,
 - si le contrat ne contient pas les informations mentionnées aux points a), b), c), d) 1, d) 2, h), i), k), l) et m) de l'annexe au moment de la signature du contrat par les deux parties ou de la signature par les deux parties d'un contrat préliminaire contraignant, de résilier le contrat dans un délai de trois mois à partir de ce moment. Si, dans ce délai de trois mois, les informations en question sont fournies, l'acquéreur disposera dès ce moment du délai de rétractation indiqué au premier tiret,
 - si, à l'expiration du délai de trois mois prévu au deuxième tiret, il n'a pas fait usage du droit de résiliation et si le contrat ne contient pas les informations mentionnées aux points a), b), c), d) 1, d) 2, h), i), k), l) et m) de l'annexe, de disposer, à partir du jour suivant cette expiration, du délai de rétractation indiqué au premier tiret;
- 2) si l'acquéreur entend exercer les droits prévus au point 1, il le notifie, avant l'expiration du délai et d'une manière pouvant être prouvée conformément aux législations nationales, à la personne dont le nom et l'adresse figurent, à cet effet, dans le contrat, selon les modalités stipulées dans celui-ci en application du point l) de l'annexe; le délai est réputé respecté si la notification, à condition d'avoir été faite par écrit, a été envoyée avant l'expiration du délai;
- 3) si l'acquéreur exerce le droit prévu au point 1 premier tiret, il ne peut être tenu de rembourser, le cas échéant, que les frais qui, conformément aux législations nationales, sont encourus du fait de la passation du contrat et de sa rétractation et qui correspondent à des actes devant impérativement être effectués avant la fin de la période visée au point 1 premier tiret. Le contrat doit expressément faire mention de ces frais;
- 4) si l'acquéreur exerce le droit de résiliation prévu au point 1 deuxième tiret, il n'est tenu à aucun remboursement.

Article 6

Les États membres prévoient dans leur législation des mesures visant à interdire tout paiement d'avances par l'acquéreur avant la fin de la période d'exercice du droit de rétractation.

Article 7

Les États membres prévoient dans leur législation que:

- si le prix est entièrement ou partiellement couvert par un crédit accordé par le vendeur ou - si le prix est entièrement ou partiellement couvert par un crédit accordé à l'acquéreur par un tiers sur la base d'un accord conclu entre le tiers et le vendeur, le contrat de crédit est résilié, sans pénalité, lorsque l'acquéreur exerce le droit de résiliation ou le droit de rétractation du contrat prévus à l'article 5.

Les États membres déterminent les modalités de la résiliation du contrat de crédit.

Article 8

Les États membres prévoient dans leur législation que toute clause par laquelle l'acquéreur renonce aux bénéfices des droits visés par la présente directive, ou par laquelle le vendeur est exonéré des responsabilités découlant de la présente directive, ne lie pas l'acquéreur, dans les conditions fixées par la législation nationale.

Article 9

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que, quelle que soit la loi applicable, l'acquéreur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive, si le bien immobilier est situé sur le territoire d'un État membre.

Article 10

Les États membres prévoient dans leur législation les conséquences du non-respect des dispositions de la présente directive.

Article 11

La présente directive ne fait pas obstacle à ce que les États membres adoptent ou maintiennent des dispositions plus favorables en matière de protection de l'acquéreur dans le domaine qu'elle régit, sans préjudice de leurs obligations découlant du traité.

Article 12

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard trente mois après sa publication au Journal officiel des Communautés européennes. Ils en informent immédiatement la Commission.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 13

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

ANNEXE

Éléments minimaux que doit contenir le contrat visé à l'article 4

- a) l'identité et le domicile des parties, avec indication précise de la qualité juridique du vendeur au moment de la conclusion du contrat, ainsi que de l'identité et du domicile du propriétaire;
- b) la nature précise du droit objet du contrat, ainsi qu'une clause indiquant quelles sont les conditions d'exercice de ce droit sur le territoire des États membres où sont situés le bien ou les biens, et si ces conditions ont été remplies, ou, dans le cas contraire, quelles conditions doivent encore être remplies;
- c) lorsque le bien est déterminé, une description précise de ce bien et de sa situation;
- d) lorsque le bien immobilier est en construction:
 - 1) l'état d'achèvement de la construction;

- 2) une estimation raisonnable du délai pour l'achèvement du bien immobilier;
- 3) s'il s'agit d'un bien immobilier déterminé, le numéro du permis de construire et le nom et l'adresse complets de la ou des autorités compétentes en la matière;
- 4) l'état d'achèvement des services communs rendant le bien immobilier opérationnel (raccordement au gaz, à l'électricité, à l'eau, au téléphone);
- 5) les garanties relatives au bon achèvement du bien immobilier et, en cas de non-achèvement du bien, celles relatives au remboursement de tout paiement effectué, et, le cas échéant, les modalités d'application de ces garanties;
- e) les services communs (éclairage, eau, entretien, enlèvement des ordures) auxquels l'acquéreur a ou aura accès et les conditions de cet accès;
- f) les installations communes, telles que piscine, sauna, etc., auxquelles l'acquéreur a ou aura éventuellement accès et, le cas échéant, les conditions de cet accès;
- g) les principes selon lesquels l'entretien et la maintenance du bien immobilier, ainsi que son administration et sa gestion, seront organisés;
- h) l'indication précise de la période pendant laquelle le droit objet du contrat peut être exercé et, le cas échéant, la durée du régime mis en place; la date à partir de laquelle l'acquéreur pourra exercer le droit objet du contrat;
- i) le prix que l'acquéreur devra payer pour exercer le droit objet du contrat; une estimation du montant dont devra s'acquitter l'acquéreur pour l'utilisation des installations et services communs; la base de calcul du montant des charges liées à l'occupation du bien immobilier par l'acquéreur, des charges légales obligatoires (taxes, redevances) ainsi que des frais administratifs complémentaires (gestion, entretien, maintenance);
- j) une clause mentionnant que l'acquisition n'entraînera pas de frais, de charges ou d'obligations autres que ceux qui sont stipulés dans le contrat;
- k) la possibilité ou non de participer à un système d'échange et/ou de revente du droit objet du contrat, ainsi que les coûts éventuels lorsque le système d'échange et/ou de revente est organisé par le vendeur ou par un tiers désigné par lui dans le contrat;
- l) des informations sur le droit de résiliation et le droit de rétractation du contrat et l'indication de la personne à laquelle doit être notifiée une éventuelle résiliation ou rétractation, ainsi que l'indication de la ou des modalités selon lesquelles la notification peut être faite; l'indication précise de la nature et du montant des frais que l'acquéreur serait tenu de rembourser conformément à l'article 5 point 3 de la présente directive s'il exerce son droit de rétractation; le cas échéant, des informations sur les modalités pour résilier le contrat de crédit lié au contrat en cas de résiliation ou de rétractation de celui-ci;
- m) la date et le lieu de signature du contrat par chacune des parties.

Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance
--

Article premier

Objet

La présente directive a pour objet de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant les contrats à distance entre consommateur et fournisseur.

Article 2

Définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par:

- 1) «contrat à distance»: tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même;
- 2) «consommateur»: toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle;
- 3) «fournisseur»: toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle;
- 4) «technique de communication à distance»: tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties. Une liste indicative des techniques visées par la présente directive figure à l'annexe I;
- 5) «opérateur de technique de communication»: toute personne physique ou morale, publique ou privée, dont l'activité professionnelle consiste à mettre à la disposition des fournisseurs une ou plusieurs techniques de communication à distance.

Article 3

Exemptions

1. La présente directive ne s'applique pas aux contrats:

- portant sur les services financiers dont une liste non exhaustive figure à l'annexe II,
- conclus par le moyen de distributeurs automatiques ou de locaux commerciaux automatisés,
- conclus avec les opérateurs de télécommunications du fait de l'utilisation des cabines téléphoniques publiques,
- conclus pour la construction et la vente des biens immobiliers ou portent sur d'autres droits relatifs à des biens immobiliers, à l'exception de la location,
- conclus lors d'une vente aux enchères.

2. Les articles 4, 5, 6 et l'article 7 paragraphe 1 ne s'appliquent pas:

- aux contrats de fourniture de denrées alimentaires, de boissons ou d'autres biens ménagers de consommation courante fournis au domicile d'un consommateur, à sa résidence ou à son lieu de travail par des distributeurs effectuant des tournées fréquentes et régulières,
- aux contrats de fourniture de services d'hébergement, de transports, de restauration, de loisirs, lorsque le fournisseur s'engage, lors de la conclusion du contrat, à fournir ces prestations à une date déterminée ou à une période spécifiée; exceptionnellement, dans le cas d'activités de loisirs en plein air, le fournisseur peut se réserver le droit de ne pas appliquer l'article 7 paragraphe 2 dans des circonstances spécifiques.

Article 4

Informations préalables

1. En temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit bénéficier des informations suivantes:

- a) identité du fournisseur et, dans le cas de contrats nécessitant un paiement anticipé, son adresse;

- b) caractéristiques essentielles du bien ou du service;
- c) prix du bien ou du service, toutes taxes comprises;
- d) frais de livraison, le cas échéant;
- e) modalités de paiement, de livraison ou d'exécution;
- f) existence d'un droit de rétractation, sauf dans les cas visés à l'article 6 paragraphe 3;
- g) coût de l'utilisation de la technique de communication à distance, lorsqu'il est calculé sur une base autre que le tarif de base;
- h) durée de validité de l'offre ou du prix;
- i) le cas échéant, durée minimale du contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un bien ou d'un service.

2. Les informations visées au paragraphe 1, dont le but commercial doit apparaître sans équivoque, doivent être fournies de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée, dans le respect, notamment, des principes de loyauté en matière de transactions commerciales et des principes qui régissent la protection des personnes frappées d'incapacité juridique selon leur législation nationale, telles que les mineurs.

3. En outre, dans le cas de communications téléphoniques, le fournisseur indique explicitement au début de toute conversation avec le consommateur son identité et le but commercial de l'appel.

Article 5

Confirmation écrite des informations

1. Le consommateur doit recevoir, par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès, confirmation des informations mentionnées à l'article 4 paragraphe 1 points a) à f), en temps utile lors de l'exécution du contrat et au plus tard au moment de la livraison en ce qui concerne les biens non destinés à la livraison à des tiers, à moins que ces informations n'aient déjà été fournies au consommateur préalablement à la conclusion du contrat par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès.

En tout état de cause, doivent être fournies:

- une information écrite sur les conditions et les modalités d'exercice du droit de rétractation au sens de l'article 6, y compris les cas visés à l'article 6 paragraphe 3 premier tiret,
- l'adresse géographique de l'établissement du fournisseur où le consommateur peut présenter ses réclamations,
- les informations relatives aux services après-vente et aux garanties commerciales existants,
- les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est à durée indéterminée ou d'une durée supérieure à un an.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux services dont l'exécution elle-même est réalisée au moyen d'une technique de communication à distance, lorsque ces services sont fournis en une seule fois, et dont la facturation est effectuée par l'opérateur de la technique de communication. Néanmoins, le consommateur doit en tout cas pouvoir avoir connaissance de l'adresse géographique de l'établissement du fournisseur où le consommateur peut présenter ses réclamations.

Article 6

Droit de rétractation

1. Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises.

Pour l'exercice de ce droit, le délai court:

- pour les biens, à compter du jour de leur réception par le consommateur lorsque les obligations visées à l'article 5 ont été remplies,
- pour les services, à compter du jour de la conclusion du contrat ou à partir du jour où les obligations prévues à l'article 5 ont été remplies si elles sont remplies après la conclusion du contrat, à condition que le délai n'excède pas le délai de trois mois indiqué à l'alinéa suivant.

Au cas où le fournisseur n'a pas rempli les obligations visées à l'article 5, le délai est de trois mois. Ce délai court:

- pour les biens, à compter du jour de leur réception par le consommateur,
- pour les services, à compter du jour de la conclusion du contrat.

Si, dans ce délai de trois mois, les informations visées à l'article 5 sont fournies, le délai de sept jours ouvrables indiqué au premier alinéa commence à courir dès ce moment.

2. Lorsque le droit de rétractation est exercé par le consommateur conformément au présent article, le fournisseur est tenu au remboursement des sommes versées par le consommateur, sans frais. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises. Ce remboursement doit être effectué dans les meilleurs délais et, en tout cas, dans les trente jours.

3. Sauf si les parties en ont convenu autrement, le consommateur ne peut exercer le droit de rétractation prévu au paragraphe 1 pour les contrats:

- de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours ouvrables prévu au paragraphe 1,
- de fourniture de biens ou de services dont le prix est fonction de fluctuations des taux du marché financier, que le fournisseur n'est pas en état de contrôler,
- de fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement,
- de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques descellés par le consommateur,
- de fourniture de journaux, de périodiques et de magazines,
- de services de paris et de loteries.

4. Les États membres prévoient dans leur législation que:

- si le prix d'un bien ou d'un service est entièrement ou partiellement couvert par un crédit accordé par le fournisseur

ou

- si ce prix est entièrement ou partiellement couvert par un crédit accordé au consommateur par un tiers sur la base d'un accord conclu entre le tiers et le fournisseur,

le contrat de crédit est résilié, sans pénalité, lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation conformément au paragraphe 1.

Les États membres déterminent les modalités de la résiliation du contrat de crédit.

Article 7

Exécution

1. Sauf si les parties en ont convenu autrement, le fournisseur doit exécuter la commande au plus tard dans un délai de trente jours à compter du jour suivant celui où le consommateur a transmis sa commande au fournisseur.

2. En cas de défaut d'exécution du contrat par un fournisseur résultant de l'indisponibilité du bien ou du service commandé, le

consommateur doit être informé de cette indisponibilité et doit pouvoir être remboursé dans les meilleurs délais et, en tout cas, dans les trente jours, des sommes qu'il a, le cas échéant, versées en paiement.

3. Néanmoins, les États membres peuvent prévoir que le fournisseur peut fournir au consommateur un bien ou un service d'une qualité et d'un prix équivalents si la possibilité en a été prévue préalablement à la conclusion du contrat, ou dans le contrat. Le consommateur est informé de cette possibilité de manière claire et compréhensible. Les frais de retour consécutifs à l'exercice du droit de rétractation sont, dans ce cas, à la charge du fournisseur et le consommateur doit en être informé. Dans de tels cas, la fourniture d'un bien ou d'un service ne peut être assimilée à une fourniture non demandée au sens de l'article 9.

Article 8

Païement par carte

Les États membres veillent à ce que des mesures appropriées existent pour que le consommateur:

- puisse demander l'annulation d'un paiement en cas d'utilisation frauduleuse de sa carte de paiement dans le cadre de contrats à distance couverts par la présente directive,
- en cas d'utilisation frauduleuse, soit recrédité des sommes versées en paiement ou se les voie restituées.

Article 9

Fourniture non demandée

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour:

- interdire la fourniture de biens ou de services à un consommateur sans commande préalable de celui-ci, lorsque cette fourniture comporte une demande de paiement,
- dispenser le consommateur de toute contre-prestation en cas de fourniture non demandée, l'absence de réponse ne valant pas consentement.

Article 10

Limites à l'utilisation de certaines techniques de communication à distance

1. L'utilisation par un fournisseur des techniques suivantes nécessite le consentement préalable du consommateur:

- système automatisé d'appel sans intervention humaine (automate d'appel),
- télécopieur.

2. Les États membres veillent à ce que les techniques de communication à distance, autres que celles visées au paragraphe 1, lorsqu'elles permettent une communication individuelle, ne puissent être utilisées qu'en l'absence d'opposition manifeste du consommateur.

Article 11

Recours judiciaire ou administratif

1. Les États membres veillent à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces pour faire respecter les dispositions de la présente directive dans l'intérêt des consommateurs.

2. Les moyens visés au paragraphe 1 comprennent des dispositions permettant à l'un ou plusieurs des organismes suivants, tels que déterminés par la législation nationale, de saisir selon le droit national les tribunaux ou les organismes administratifs compétents pour faire appliquer les dispositions nationales destinées à la mise en oeuvre de la présente directive.

- a) les organismes publics ou leurs représentants;
- b) les organisations de consommateurs ayant un intérêt légitime à protéger les consommateurs;
- c) les organisations professionnelles ayant un intérêt légitime à agir.

3. a) Les États membres peuvent établir que la production de la preuve de l'existence d'une information préalable, d'une confirmation écrite ou du respect des délais et du consentement du consommateur peut être à la charge du fournisseur.

b) Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les fournisseurs, ainsi que les opérateurs de techniques de communication lorsqu'ils sont en mesure de le faire, mettent fin aux pratiques non conformes aux dispositions prises en application de la présente directive.

4. Les États membres peuvent prévoir que le contrôle volontaire du respect des dispositions de la présente directive confié à des organismes autonomes et le recours à de tels organismes pour la solution de litiges s'ajoutent aux moyens que les États membres doivent prévoir pour assurer le respect des dispositions de la présente directive.

Article 12

Caractère contraignant des dispositions

1. Le consommateur ne peut renoncer aux droits qui lui sont conférés en vertu de la transposition en droit national de la présente directive.

2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un ou de plusieurs des États membres.

Article 13

Règles communautaires

1. Les dispositions de la présente directive s'appliquent pour autant qu'il n'existe pas, dans le cadre de réglementations communautaires, des dispositions particulières qui régissent certains types de contrats à distance dans leur globalité.

2. Lorsqu'une réglementation communautaire spécifique contient des dispositions qui ne régissent que certains aspects de la fourniture de biens ou de services, ces dispositions s'appliquent, de préférence aux dispositions de la présente directive, à ces aspects précis des contrats à distance.

Article 14

Clause minimale

Les États membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur. Ces dispositions comprennent, le cas échéant, l'interdiction, pour des raisons d'intérêt général, de la commercialisation sur leur territoire par voie de contrats à distance de certains biens ou services, notamment des médicaments, dans le respect du traité.

Article 15

Mise en oeuvre

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard trois ans après son entrée en vigueur. Ils en informent immédiatement la Commission.

2. Lorsque les États membres adoptent les dispositions visées au paragraphe 1, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

3. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la

présente directive.

4. Au plus tard quatre ans après l'entrée en vigueur de la présente directive, la Commission présente au Parlement européen et au Conseil un rapport sur l'application de la présente directive, accompagné, le cas échéant, d'une proposition de révision de la présente directive.

Article 16

Information du consommateur

Les États membres prennent les mesures appropriées pour informer le consommateur sur la législation nationale transposant la présente directive et incite, le cas échéant, les organisations professionnelles à informer les consommateurs sur leurs codes de pratique.

Article 17

Systèmes de réclamations

La Commission étudie la possibilité de mettre en place des moyens efficaces pour traiter les réclamations des consommateurs en matière de ventes à distance. Dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur de la présente directive, la Commission soumet un rapport au Parlement européen et au Conseil sur les résultats des études réalisées, en l'accompagnant, le cas échéant, des propositions appropriées.

Article 18

La présente directive entre en vigueur le jour de sa publication au Journal officiel des Communautés européennes.

Article 19

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

ANNEXE I

Techniques de communication visées à l'article 2 point 4

- | | |
|--|--|
| - Imprimé non adressé | - Radio |
| - Imprimé adressé | - Visiophone (téléphone avec image) |
| - Lettre standardisée | - Vidéotexte (micro-ordinateur, écran de télévision) avec clavier ou écran tactile |
| - Publicité presse avec bon de commande | - Courrier électronique |
| - Catalogue | - Télécopieur |
| - Téléphone avec intervention humaine | - Télévision (téléachat, téléven |
| - Téléphone sans intervention humaine (automate d'appel, audiotexte) | |

ANNEXE II

Services financiers visés à l'article 3 paragraphe 1

- Services d'investissement
- Opérations d'assurance et de réassurance
- Services bancaires
- Opérations ayant trait aux fonds de pensions
- Services visant des opérations à terme ou en option.

Ces services comprennent en particulier:

- les services d'investissement visés à l'annexe de la directive 93/22/CEE (1), les services d'entreprises d'investissements collectifs,
- les services relevant des activités bénéficiant de la reconnaissance mutuelle et visés à l'annexe de la directive 89/646/CEE (2),
- les opérations relevant des activités d'assurance et de réassurance visées:
 - à l'article 1er de la directive 73/239/CEE (3),
 - à l'annexe de la directive 79/267/CEE (4),
 - par la directive 64/225/CEE (5),
 - par les directives 92/49/CEE (6) et 92/96/CEE (7).

Directive 1999/44 du 25 mai 1999
sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation

Article premier

Champ d'application et définitions

1. La présente directive a pour objet de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, en vue d'assurer une protection uniforme minimale des consommateurs dans le cadre du marché intérieur.
2. Aux fins de la présente directive on entend par:
 - a) "consommateur": toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale;
 - b) "bien de consommation": tout objet mobilier corporel, sauf:
 - les biens vendus sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice,
 - l'eau et le gaz lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée,
 - l'électricité;
 - c) "vendeur": toute personne physique ou morale qui, en vertu d'un contrat, vend des biens de consommation dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale;
 - d) "producteur": le fabricant d'un bien de consommation, l'importateur d'un bien de consommation sur le territoire de la Communauté ou toute personne qui se présente comme producteur en apposant sur le bien de consommation son nom, sa marque ou un autre signe distinctif;
 - e) "garantie": tout engagement d'un vendeur ou d'un producteur à l'égard du consommateur, donné sans supplément de coût, de rembourser le prix payé, ou de remplacer, de réparer ou de s'occuper d'une façon quelconque du bien s'il ne correspond pas aux conditions énoncées dans la déclaration de garantie ou dans la publicité y afférent;
 - f) "réparation": en cas de défaut de conformité, la mise du bien de consommation dans un état conforme au contrat.
3. Les États membres peuvent prévoir que la notion de "bien de consommation" n'inclut pas les biens d'occasion vendus aux enchères publiques, lorsque les consommateurs ont la possibilité de participer personnellement à la vente.
4. Aux fins de la présente directive, sont également réputés être des contrats de vente les contrats de fourniture de biens de consommation à fabriquer ou à produire.

Article 2

Conformité au contrat

1. Le vendeur est tenu de livrer au consommateur un bien conforme au contrat de vente.
2. Le bien de consommation est présumé conforme au contrat:
 - a) s'il correspond à la description donnée par le vendeur et possède les qualités du bien que le vendeur a présenté sous forme d'échantillon ou modèle au consommateur;
 - b) s'il est propre à tout usage spécial recherché par le consommateur, que celui-ci a porté à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat et que le vendeur a accepté;
 - c) s'il est propre aux usages auxquels servent habituellement les biens du même type;
 - d) s'il présente la qualité et les prestations habituelles d'un bien de même type auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature du bien et, le cas échéant, compte tenu des déclarations publiques faites sur les caractéristiques concrètes du bien par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage.
3. Le défaut de conformité est réputé ne pas exister au sens du présent article si, au moment de la conclusion du contrat, le consommateur connaissait, ou ne pouvait raisonnablement ignorer, ce défaut, ou si le défaut de conformité a son origine dans les matériaux fournis par le consommateur.
4. Le vendeur n'est pas tenu par des déclarations publiques visées au paragraphe 2, point d), s'il:
 - démontre qu'il ne connaissait pas, et n'était pas raisonnablement en mesure de connaître, la déclaration en cause,
 - démontre que la déclaration en cause avait été rectifiée au moment de la conclusion du contratou
 - démontre que la décision d'acheter le bien de consommation n'a pas pu être influencée par la déclaration.
5. Tout défaut de conformité qui résulte d'une mauvaise installation du bien de consommation est assimilé au défaut de conformité du bien lorsque l'installation fait partie du contrat de vente du bien et a été effectuée par le vendeur ou sous sa responsabilité. Cette disposition s'applique également lorsque le bien, destiné à l'installation par le consommateur, est installé par lui et que le montage défectueux est dû à une erreur des instructions de montage.

Article 3

Droits du consommateur

1. Le vendeur répond vis-à-vis du consommateur de tout défaut de conformité qui existe lors de la délivrance du bien.
 2. En cas de défaut de conformité, le consommateur a droit soit à la mise du bien dans un état conforme, sans frais, par réparation ou remplacement, conformément au paragraphe 3, soit à une réduction adéquate du prix ou à la résolution du contrat en ce qui concerne ce bien, conformément aux paragraphes 5 et 6.
 3. Dans un premier temps, le consommateur a le droit d'exiger du vendeur la réparation du bien ou son remplacement, dans les deux cas sans frais, à moins que cela ne soit impossible ou disproportionné.
- Un mode de dédommagement est considéré comme disproportionné s'il impose au vendeur des coûts qui, par rapport à l'autre mode, sont déraisonnables compte tenu:
- de la valeur qu'aurait le bien s'il n'y avait pas défaut de conformité,
 - de l'importance du défaut de conformité

et

- de la question de savoir si l'autre mode de dédommagement peut être mis en oeuvre sans inconvénient majeur pour le consommateur.

Toute réparation ou tout remplacement est effectué dans un délai raisonnable et sans inconvénient majeur pour le consommateur, compte tenu de la nature du bien et de l'usage recherché par le consommateur.

4. L'expression "sans frais" figurant aux paragraphes 2 et 3 désigne les frais nécessaires exposés pour la mise des biens dans un état conforme, notamment les frais d'envoi du bien et les frais associés au travail et au matériel.

5. Le consommateur peut exiger une réduction adéquate du prix ou la résolution du contrat:

- s'il n'a droit ni à la réparation ni au remplacement du bien

ou

- si le vendeur n'a pas mis en oeuvre le mode de dédommagement dans un délai raisonnable

ou

- si le vendeur n'a pas mis en oeuvre le mode de dédommagement sans inconvénient majeur pour le consommateur.

6. Le consommateur n'est pas autorisé à demander la résolution du contrat si le défaut de conformité est mineur.

Article 4

Action récursoire

Lorsque la responsabilité du vendeur final est engagée vis-à-vis du consommateur en vertu d'un défaut de conformité qui résulte d'un acte ou d'une omission du producteur, d'un vendeur antérieur placé dans la même chaîne contractuelle ou de tout autre intermédiaire, le vendeur final a le droit de se retourner contre le ou les responsable(s) appartenant à la chaîne contractuelle. Le droit national détermine le ou les responsable(s) contre qui le vendeur final peut se retourner, ainsi que les actions et les conditions d'exercice pertinentes.

Article 5

Délais

1. La responsabilité du vendeur prévue à l'article 3 est engagée lorsque le défaut de conformité apparaît dans un délai de deux ans à compter de la délivrance du bien. Si, en vertu de la législation nationale, les droits prévus à l'article 3, paragraphe 2, sont soumis à un délai de prescription, celui-ci n'expire pas au cours des deux ans qui suivent la délivrance.

2. Les États membres peuvent prévoir que le consommateur, pour bénéficier de ses droits, doit informer le vendeur du défaut de conformité dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle il l'a constaté.

Les États membres informent la Commission de la façon dont ils mettent en oeuvre le présent paragraphe. La Commission surveille la manière dont l'existence de cette option pour les États membres se répercute sur les consommateurs et sur le marché intérieur.

Au plus tard le 7 janvier 2003, la Commission élabore un rapport sur la mise en oeuvre par les États membres de la présente disposition. Ce rapport est publié au Journal officiel des Communautés européennes.

3. Sauf preuve contraire, les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance, sauf lorsque cette présomption n'est pas compatible avec la nature du bien ou la nature du défaut de conformité.

Article 6

Garanties

1. Une garantie doit lier juridiquement celui qui l'offre selon les conditions fixées dans la déclaration de garantie et dans la publicité y afférente.

2. La garantie doit:

- indiquer que le consommateur a des droits légaux au titre de la législation nationale en vigueur régissant la vente de biens de consommation et indiquer clairement que ces droits ne sont pas affectés par la garantie,

- établir, en termes simples et compréhensibles, le contenu de la garantie et les éléments essentiels nécessaires à sa mise en oeuvre, notamment sa durée et son étendue territoriale, ainsi que le nom et l'adresse du garant.

3. À la demande du consommateur, la garantie lui est remise par écrit ou se présente sous un autre support durable, mise à sa disposition et auquel il a accès.

4. L'État membre où le bien de consommation est commercialisé peut, dans le respect des règles du traité, imposer sur son territoire que la garantie figure dans une ou plusieurs langues qu'il détermine parmi les langues officielles de la Communauté.

5. Si une garantie va à l'encontre des exigences des paragraphes 2, 3 et 4, la validité de cette garantie n'est nullement affectée et le consommateur peut toujours se fonder sur elle pour exiger qu'elle soit honorée.

Article 7

Caractère contraignant

1. Les clauses contractuelles ou les accords conclus avec le vendeur, avant que le défaut de conformité ne soit porté à l'attention de celui-ci et qui écartent ou limitent directement ou indirectement les droits résultant de la présente directive, ne lient pas, dans les conditions prévues par le droit national, le consommateur.

Les États membres peuvent prévoir que, dans le cas de biens d'occasion, le vendeur et le consommateur peuvent convenir de clauses contractuelles ou passer des accords prévoyant, pour la responsabilité du vendeur, un délai plus court que celui prévu à l'article 5, paragraphe 1. Ce délai ne peut être inférieur à un an.

2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive par le choix du droit d'un État non membre comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres.

Article 8

Droit national et protection minimale

1. Les droits résultant de la présente directive sont exercés sans préjudice d'autres droits dont le consommateur peut se prévaloir au titre des règles nationales relatives au droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle.

2. Les États membres peuvent adopter ou maintenir en vigueur, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes compatibles avec le traité pour assurer un niveau de protection plus élevé du consommateur.

Article 9

Les États membres prennent les mesures appropriées pour informer le consommateur des dispositions de droit national qui transposent la présente directive et incitent, le cas échéant, les organisations professionnelles à informer les consommateurs de leurs droits.

Article 10

L'annexe de la directive 98/27/CE est complétée par le point suivant: "10. Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (JO L 171 du 7.7.1999, p. 12)."

Article 11

Transposition

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 1er janvier 2002. Ils en informent immédiatement la Commission. Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 12

Révision

La Commission réexamine, au plus tard le 7 juillet 2006 l'application de la présente directive et présente un rapport au Parlement européen et au Conseil. Ce rapport examine, notamment, l'éventuelle introduction de la responsabilité directe du producteur et est, le cas échéant, accompagné de propositions.

Article 13

Entrée en vigueur

La présente directive entre en vigueur le jour de sa publication au Journal officiel des Communautés européennes.

Article 14

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Directive 1999/93 du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques
(extraits)

Article premier

Champ d'application

L'objectif de la présente directive est de faciliter l'utilisation des signatures électroniques et de contribuer à leur reconnaissance juridique. Elle institue un cadre juridique pour les signatures électroniques et certains services de certification afin de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

Elle ne couvre pas les aspects liés à la conclusion et à la validité des contrats ou d'autres obligations légales lorsque des exigences d'ordre formel sont prescrites par la législation nationale ou communautaire; elle ne porte pas non plus atteinte aux règles et limites régissant l'utilisation de documents qui figurent dans la législation nationale ou communautaire.

Article 2

Définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par:

1) "signature électronique", une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification;

2) "signature électronique avancée" une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes:

a) être liée uniquement au signataire;

b) permettre d'identifier le signataire;

c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif

et

d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable;

3) "signataire", toute personne qui détient un dispositif de création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui d'une entité ou personne physique ou morale qu'elle représente;

4) "données afférentes à la création de signature", des données uniques, telles que des codes ou des clés cryptographiques privées, que le signataire utilise pour créer une signature électronique;

5) "dispositif de création de signature", un dispositif logiciel ou matériel configuré pour mettre en application les données afférentes à la création de signature;

6) "dispositif sécurisé de création de signature", un dispositif de création de signature qui satisfait aux exigences prévues à l'annexe III;

7) "données afférentes à la vérification de signature", des données, telles que des codes ou des clés cryptographiques publiques, qui sont utilisées pour vérifier la signature électronique;

8) "dispositif de vérification de signature", un dispositif logiciel ou matériel configuré pour mettre en application les données afférentes à la vérification de signature;

- 9) "certificat", une attestation électronique qui lie des données afférentes à la vérification de signature à une personne et confirme l'identité de cette personne;
- 10) "certificat qualifié", un certificat qui satisfait aux exigences visées à l'annexe I et qui est fourni par un prestataire de service de certification satisfaisant aux exigences visées à l'annexe II;
- 11) "prestataire de service de certification", toute entité ou personne physique ou morale qui délivre des certificats ou fournit d'autres services liés aux signatures électroniques;
- 12) "produit de signature électronique", tout produit matériel ou logiciel, ou élément spécifique de ce produit destiné à être utilisé par un prestataire de service de certification pour la fourniture de services de signature électronique ou destiné à être utilisé pour la création ou la vérification de signatures électroniques;
- 13) "accréditation volontaire", toute autorisation indiquant les droits et obligations spécifiques à la fourniture de services de certification, accordée, sur demande du prestataire de service de certification concerné, par l'organisme public ou privé chargé d'élaborer ces droits et obligations et d'en contrôler le respect, lorsque le prestataire de service de certification n'est pas habilité à exercer les droits découlant de l'autorisation aussi longtemps qu'il n'a pas obtenu la décision de cet organisme.

[...]

Effets juridiques des signatures électroniques

1. Les États membres veillent à ce que les signatures électroniques avancées basées sur un certificat qualifié et créées par un dispositif sécurisé de création de signature:

a) répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier

et

b) soient recevables comme preuves en justice.

2. Les États membres veillent à ce que l'efficacité juridique et la recevabilité comme preuve en justice ne soient pas refusées à une signature électronique au seul motif que:

- la signature se présente sous forme électronique

ou

- qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié

ou

- qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification

ou

- qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature.

Article 6

Responsabilité

1. Les États membres veillent au moins à ce qu'un prestataire de service de certification qui délivre à l'intention du public un certificat présenté comme qualifié ou qui garantit au public un tel certificat soit responsable du préjudice causé à toute entité ou personne physique ou morale qui se fie raisonnablement à ce certificat pour ce qui est de:

a) l'exactitude de toutes les informations contenues dans le certificat qualifié à la date où il a été délivré et la présence, dans ce certificat, de toutes les données prescrites pour un certificat qualifié;

b) l'assurance que, au moment de la délivrance du certificat, le signataire identifié dans le certificat qualifié détenait les données afférentes à la création de signature correspondant aux données afférentes à la vérification de signature fournies ou identifiées dans le certificat;

c) l'assurance que les données afférentes à la création de signature et celles afférentes à la vérification de signature puissent être utilisées de façon complémentaire, dans le cas où le prestataire de service de certification génère ces deux types de données,

sauf si le prestataire de service de certification prouve qu'il n'a commis aucune négligence.

2. Les États membres veillent au moins à ce qu'un prestataire de service de certification qui a délivré à l'intention du public un certificat présenté comme qualifié soit responsable du préjudice causé à une entité ou personne physique ou morale qui se prévaut raisonnablement du certificat, pour avoir omis de faire enregistrer la révocation du certificat, sauf si le prestataire de service de certification prouve qu'il n'a commis aucune négligence.

3. Les États membres veillent à ce qu'un prestataire de service de certification puisse indiquer, dans un certificat qualifié, les limites fixées à son utilisation, à condition que ces limites soient discernables par des tiers. Le prestataire de service de certification ne doit pas être tenu responsable du préjudice résultant de l'usage abusif d'un certificat qualifié qui dépasse les limites fixées à son utilisation.

4. Les États membres veillent à ce qu'un prestataire de service de certification puisse indiquer, dans un certificat qualifié, la valeur limite des transactions pour lesquelles le certificat peut être utilisé, à condition que cette limite soit discernable par des tiers.

Le prestataire de service de certification n'est pas responsable des dommages qui résultent du dépassement de cette limite maximale.

5. Les dispositions des paragraphes 1 à 4 s'appliquent sans préjudice de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs(8).

[...]

**Directive 2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000
relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du
commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique")
(extraits)**

CHAPITRE I

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier

Objectif et champ d'application

1. La présente directive a pour objectif de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en assurant la libre circulation des services de la société de l'information entre les États membres.
2. La présente directive rapproche, dans la mesure nécessaire à la réalisation de l'objectif visé au paragraphe 1, certaines dispositions nationales applicables aux services de la société de l'information et qui concernent le marché intérieur, l'établissement des prestataires, les communications commerciales, les contrats par voie électronique, la responsabilité des intermédiaires, les codes de conduite, le règlement extrajudiciaire des litiges, les recours juridiques et la coopération entre États membres.
3. La présente directive complète le droit communautaire applicable aux services de la société de l'information sans préjudice du niveau de protection, notamment en matière de santé publique et des intérêts des consommateurs, établi par les instruments communautaires et la législation nationale les mettant en oeuvre dans la mesure où cela ne restreint pas la libre prestation de services de la société de l'information.
4. La présente directive n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions.
5. La présente directive n'est pas applicable:
 - a) au domaine de la fiscalité;
 - b) aux questions relatives aux services de la société de l'information couvertes par les directives 95/46/CE et 97/66/CE;
 - c) aux questions relatives aux accords ou pratiques régis par le droit sur les ententes;
 - d) aux activités suivantes des services de la société de l'information:
 - les activités de notaire ou les professions équivalentes, dans la mesure où elles comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique,
 - la représentation d'un client et la défense de ses intérêts devant les tribunaux,
 - les activités de jeux d'argent impliquant des mises ayant une valeur monétaire dans des jeux de hasard, y compris les loteries et les transactions portant sur des paris.
6. La présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prises au niveau communautaire ou au niveau national, dans le respect du droit communautaire, pour promouvoir la diversité culturelle et linguistique et assurer la défense du pluralisme.

Article 2

Définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par:

- a) "services de la société de l'information": les services au sens de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 98/34/CE, telle que modifiée par la directive 98/48/CE;
- b) "prestataire": toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information;
- c) "prestataire établi": prestataire qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée. La présence et l'utilisation des moyens techniques et des technologies requis pour fournir le service ne constituent pas en tant que telles un établissement du prestataire;
- d) "destinataire du service": toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible;
- e) "consommateur": toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale;
- f) "communication commerciale": toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée. Ne constituent pas en tant que telles des communications commerciales:
 - les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique,
 - les communications relatives aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière;
- g) "profession réglementée": toute profession au sens, soit de l'article 1er, point d), de la directive 89/49/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionne des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans(26), soit au sens de l'article 1er, point f), de

la directive 92/51/CEE du Conseil du 18 juin 1992 relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles, qui complète la directive 89/48/CEE(27);

h) "domaine coordonné": les exigences prévues par les systèmes juridiques des États membres et applicables aux prestataires des services de la société de l'information ou aux services de la société de l'information, qu'elles revêtent un caractère général ou qu'elles aient été spécifiquement conçues pour eux.

i) Le domaine coordonné a trait à des exigences que le prestataire doit satisfaire et qui concernent:

- l'accès à l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences en matière de qualification, d'autorisation ou de notification,
- l'exercice de l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences portant sur le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de contrat, ou sur la responsabilité du prestataire.

ii) Le domaine coordonné ne couvre pas les exigences telles que:

- les exigences applicables aux biens en tant que tels,
- les exigences applicables à la livraison de biens,
- les exigences applicables aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique.

[...]

Section 2: Communications commerciales

Article 6

Informations à fournir

Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que les communications commerciales qui font partie d'un service de la société de l'information ou qui constituent un tel service répondent au moins aux conditions suivantes:

- a) la communication commerciale doit être clairement identifiable comme telle;
- b) la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite doit être clairement identifiable;
- c) lorsqu'elles sont autorisées dans l'État membre où le prestataire est établi, les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes et les cadeaux, doivent être clairement identifiables comme telles et les conditions pour en bénéficier doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque;
- d) lorsqu'ils sont autorisés dans l'État membre où le prestataire est établi, les concours ou jeux promotionnels doivent être clairement identifiables comme tels et leurs conditions de participation doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque.

Article 7

Communications commerciales non sollicitées

1. Outre les autres exigences prévues par le droit communautaire, les États membres qui autorisent les communications commerciales non sollicitées par courrier électronique veillent à ce que ces communications commerciales effectuées par un prestataire établi sur leur territoire puissent être identifiées de manière claire et non équivoque dès leur réception par le destinataire.

2. Sans préjudice de la directive 97/7/CE et de la directive 97/66/CE, les États membres prennent des mesures visant à garantir que les prestataires qui envoient par courrier électronique des communications commerciales non sollicitées consultent régulièrement les registres "opt-out" dans lesquels les personnes physiques qui ne souhaitent pas recevoir ce type de communications peuvent s'inscrire, et respectent le souhait de ces dernières.

Article 8

Professions réglementées

1. Les États membres veillent à ce que l'utilisation de communications commerciales qui font partie d'un service de la société de l'information fourni par un membre d'une profession réglementée, ou qui constituent un tel service, soit autorisée sous réserve du respect des règles professionnelles visant, notamment, l'indépendance, la dignité et l'honneur de la profession ainsi que le secret professionnel et la loyauté envers les clients et les autres membres de la profession.

2. Sans préjudice de l'autonomie des organismes et associations professionnels, les États membres et la Commission encouragent les associations et les organismes professionnels à élaborer des codes de conduite au niveau communautaire pour préciser les informations qui peuvent être données à des fins de communications commerciales dans le respect des règles visées au paragraphe 1.

3. Lors de l'élaboration de propositions relatives à des initiatives communautaires qui peuvent s'avérer nécessaires pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur au regard des informations visées au paragraphe 2, la Commission tient dûment compte des codes de conduite applicables au niveau communautaire et agit en étroite coopération avec les associations et organismes professionnels concernés.

4. La présente directive s'applique en sus des directives communautaires régissant l'accès aux activités des professions réglementées et l'exercice de celles-ci.

Section 3: Contrats par voie électronique

Article 9

Traitement des contrats

1. Les États membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique.

2. Les États membres peuvent prévoir que le paragraphe 1 ne s'appliquent pas à tous les contrats ou à certains d'entre eux qui relèvent des catégories suivantes:

- a) les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location;

- b) les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique;
- c) les contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale;
- d) les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions.

3. Les États membres indiquent à la Commission les catégories visées au paragraphe 2 auxquelles ils n'appliquent pas le paragraphe 1. Ils soumettent tous les cinq ans à la Commission un rapport sur l'application du paragraphe 2 en expliquant les raisons pour lesquelles ils estiment nécessaire de maintenir les catégories visées au paragraphe 2, point b), auxquelles ils n'appliquent pas le paragraphe 1.

Article 10

Informations à fournir

1. Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, le prestataire de services fournisse au moins les informations mentionnées ci-après, formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque et avant que le destinataire du service ne passe sa commande:

- a) les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat;
- b) si le contrat une fois conclu est archivé ou non par le prestataire de services et s'il est accessible ou non;
- c) les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée;
- d) les langues proposées pour la conclusion du contrat.

2. Les États membres veillent à ce que, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, le prestataire indique les éventuels codes de conduite pertinents auxquels il est soumis ainsi que les informations sur la façon dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique.

3. Les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire.

4. Les paragraphes 1 et 2 ne sont pas applicables à des contrats conclus exclusivement par le biais d'un échange de courriers électroniques ou par des communications individuelles équivalentes.

Article 11

Passation d'une commande

1. Les États membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que, dans les cas où un destinataire du service passe sa commande par des moyens technologiques, les principes suivants s'appliquent:

- le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique,
- la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles il sont adressés peuvent y avoir accès.

2. Les États membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que le prestataire mette à la disposition du destinataire du service des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce avant la passation de la commande.

3. Le paragraphe 1, premier tiret, et le paragraphe 2 ne sont pas applicables à des contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques ou au moyen de communications individuelles équivalentes.

Section 4: Responsabilité des prestataires intermédiaires

[...]

Recours juridictionnels

1. Les États membres veillent à ce que les recours juridictionnels disponibles dans le droit national portant sur les activités des services de la société de l'information permettent l'adoption rapide de mesures, y compris par voie de référé, visant à mettre un terme à toute violation alléguée et à prévenir toute nouvelle atteinte aux intérêts concernés.

2. L'annexe de la directive 98/27/CE est complétée par le texte suivant:

"11. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ('directive sur le commerce électronique') (JO L 178 du 17.7.2000, p. 1)."

Article 19

Coopération

1. Les États membres disposent de moyens suffisants de contrôle et d'investigation nécessaires à la mise en oeuvre efficace de la présente directive et veillent à ce que les prestataires leur fournissent les informations requises.

2. Les États membres coopèrent avec les autres États membres; à cette fin, ils désignent un ou plusieurs points de contact, dont ils communiquent les coordonnées aux autres États membres et à la Commission.

3. Les États membres fournissent dans les plus brefs délais et conformément au droit national l'assistance et les informations demandées par les autres États membres ou par la Commission, y compris par les voies électroniques appropriées.

4. Les États membres établissent des points de contact accessibles au moins par voie électronique auxquels les destinataires de services et les prestataires de services peuvent s'adresser pour:

- a) obtenir des informations générales sur leurs droits et obligations en matière contractuelle ainsi que sur les procédures de réclamation et de recours disponibles en cas de différends, y compris sur les aspects pratiques liés à l'utilisation de ces procédures;
- b) obtenir les coordonnées des autorités, associations ou organisations auprès desquelles ils peuvent obtenir d'autres informations ou une assistance pratique.

5. Les États membres encouragent la communication à la Commission des décisions administratives et judiciaires importantes prises sur leur territoire s'agissant des litiges relatifs aux services de la société de l'information ainsi que des pratiques, des us ou des coutumes relatifs au commerce électronique. La Commission communique ces décisions aux autres États membres.

Article 20

Sanctions

Les États membres déterminent le régime des sanctions applicable aux violations des dispositions nationales adoptées en application de la présente directive et prennent toutes mesures nécessaires pour assurer leur mise en oeuvre. Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

II – RÈGLEMENTS D'EXEMPTION PAR CATÉGORIES

Règlement 1475/95 du 28 juin 1995 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution, de vente et d'après-vente de véhicules automobiles

Article

premier

Conformément à l'article 85 paragraphe 3 du traité, l'article 85 paragraphe 1 est déclaré inapplicable, dans les conditions fixées par le présent règlement, aux accords auxquels ne participent que deux entreprises, et dans lesquels une partie à l'accord s'engage vis-à-vis de l'autre à ne livrer, à l'intérieur d'une partie définie du marché commun:

1) que, à celle-ci ou 2) que, à celle-ci et à un nombre déterminé d'entreprises du réseau de distribution, dans le but de la revente des véhicules automobiles neufs déterminés à trois roues ou plus destinés à être utilisés sur la voie publique et, en liaison avec ceux-ci, leurs pièces de rechange.

Article

2

L'exemption s'applique également lorsque l'engagement décrit à l'article 1er est lié à l'engagement du fournisseur de ne pas vendre des produits contractuels à des utilisateurs finals dans le territoire convenu, et de ne pas en assurer le service.

Article

3

L'exemption s'applique également lorsque l'engagement décrit à l'article 1er est lié à l'engagement du distributeur:

1) de ne pas modifier les produits contractuels ou des produits correspondants sans le consentement du fournisseur, à moins que la modification ne fasse l'objet d'une commande d'un utilisateur final et concerne un véhicule déterminé de la gamme visée par l'accord, que cet utilisateur a acheté;

2) de ne pas fabriquer des produits concurrents des produits contractuels;

3) de ne vendre des véhicules automobiles neufs offerts par d'autres que le constructeur que dans des locaux de vente séparés soumis à une gestion distincte, sous une forme d'entité juridique distincte et de manière telle qu'une confusion de marques soit exclue;

4) de veiller à ce qu'un tiers ne bénéficie pas indûment, dans le cadre du service après-vente effectué dans un atelier commun, des investissements du fournisseur, notamment en matière d'équipement ou de formation du personnel;

5) de ne pas vendre des pièces de rechange qui sont concurrentes des produits contractuels et n'en atteignent pas le niveau de qualité, ni d'en utiliser pour la réparation ou l'entretien de produits contractuels ou de produits correspondants;

6) de ne pas, sans le consentement du fournisseur, conclure avec des entreprises exerçant leur activité dans le territoire convenu des accords de distribution et de service de vente et d'après-vente pour des produits contractuels et des produits correspondants, ni modifier ou mettre fin à des accords conclus de cette nature;

7) d'imposer aux entreprises avec lesquelles il a conclu des accords visés au point 6 des engagements de même nature que ceux qu'il a assumés envers le fournisseur, qui correspondent aux articles 1er à 4 et sont conformes aux articles 5 et 6;

8) de ne pas, en dehors du territoire convenu:

a) entretenir des succursales ou des dépôts pour la distribution de produits contractuels et de produits correspondants;

b) prospecter la clientèle, pour des produits contractuels et des produits correspondants, par une publicité personnalisée;

9) de ne pas confier à des tiers la distribution ou le service de vente et d'après-vente de produits contractuels et de produits correspondants en dehors du territoire convenu;

10) de ne pas livrer à un revendeur:

a) des produits contractuels et des produits correspondants qui si ce revendeur est une entreprise du réseau de distribution ou b) des pièces de rechange de la gamme visée par l'accord que si ce revendeur les utilise pour réparer ou entretenir un véhicule automobile;

11) de ne vendre les véhicules automobiles de la gamme visée par l'accord ou des produits correspondants à des utilisateurs finals utilisant les services d'un intermédiaire que si ces utilisateurs ont auparavant mandaté par écrit l'intermédiaire pour acheter et, en cas d'enlèvement par celui-ci, pour prendre livraison d'un véhicule automobile déterminé.

Article

4

1. Ne fait pas obstacle à l'exemption l'engagement par lequel le distributeur s'oblige:

1) à observer des exigences minimales dans la distribution et le service de vente et d'après-vente, qui concernent notamment:

a) l'équipement de l'exploitation commerciale et des installations techniques pour le service de vente et d'après-vente;
b) la formation spécialisée et technique du personnel;
c) la publicité;
d) la réception, l'entreposage et la livraison de produits contractuels et de produits correspondants et leur service de vente et d'après-vente;
e) la réparation et l'entretien de produits contractuels et de produits correspondants, notamment quant au fonctionnement sûr et fiable du véhicule;

2) à ne commander des produits contractuels au fournisseur qu'à certaines dates ou dans les limites de certaines périodes, sous réserve que l'intervalle entre les dates de commande ne dépasse pas trois mois;
3) à s'efforcer d'écouler pendant une période déterminée à l'intérieur du territoire convenu un nombre minimal de produits contractuels, fixé par les parties de commun accord ou, en cas de désaccord sur le nombre minimal de produits contractuels à écouler annuellement, par un tiers expert, en tenant compte notamment des ventes précédemment réalisées dans ce territoire ainsi que des estimations prévisionnelles de ventes pour ce territoire et au niveau national;
4) à détenir un stock de produits contractuels dont l'ampleur est fixée selon la procédure prévue au point 3;
5) à détenir des véhicules de démonstration déterminés de la gamme ou un nombre déterminé de ceux-ci fixé selon la procédure prévue au point 3;
6) à assurer aux produits contractuels et aux produits correspondants la garantie, le service gratuit et celui consécutif à des actions de rappel;
7) à n'utiliser, dans le cadre de la garantie, du service gratuit et des actions de rappel, pour des produits contractuels ou des produits correspondants, que des pièces de rechange de la gamme visée par l'accord ou des pièces correspondantes;
8) à informer les utilisateurs finals de manière générale dès lors qu'il utilise également des pièces de rechange de tiers pour réparer ou entretenir des produits contractuels ou des produits correspondants;
9) à informer les utilisateurs finals que, pour réparer ou entretenir des produits contractuels ou des produits correspondants, il a utilisé des pièces de rechange de tiers.

2. L'exemption s'applique également aux engagements mentionnés au paragraphe 1 si ceux-ci sont visés, dans un cas d'espèce, par l'interdiction édictée à l'article 85 paragraphe 1.

Article 5

1. Dans tous les cas, l'exemption n'est acquise qu'à condition:

1) que le distributeur s'engage:

a) à assurer aux véhicules automobiles de la gamme visée par l'accord ou correspondants à celle-ci, et qui ont été vendus par une autre entreprise du réseau de distribution dans le marché commun:

- la garantie ainsi que le service gratuit et celui consécutif à des actions de rappel correspondant à l'engagement qu'il doit remplir conformément à l'article 4 paragraphe 1 point 6,
- la réparation et l'entretien conformément à l'article 4 paragraphe 1 point 1 e);

b) à imposer aux entreprises exerçant leur activité à l'intérieur du territoire convenu, avec lesquelles il a conclu des accords de distribution et de service visés à l'article 3 point 6, l'obligation d'assurer la garantie ainsi que le service gratuit et celui consécutif à des actions de rappel, au moins dans la mesure qui lui est imposée;

2) que le fournisseur:

a) ne refuse pas, en l'absence de justifications objectives, son accord à la conclusion, à la modification ou à la cessation de sous-contracts visés à l'article 3 point 6;

b) n'applique pas, dans le cadre d'engagements pris par le distributeur conformément à l'article 4 paragraphe 1, des conditions minimales et des critères pour les estimations prévisionnelles tels que le distributeur fasse l'objet d'un traitement inéquitable ou, sans justifications objectives, d'un traitement discriminatoire;

c) procède, dans un système de remises de prix, au décompte cumulé des quantités ou chiffres d'affaires des produits que, au cours de périodes déterminées le distributeur a achetés auprès de lui et d'entreprises qui lui sont liées, en distinguant au moins entre les achats:

- de véhicules automobiles de la gamme visée par l'accord,
- de pièces de rechange de la gamme visée par l'accord pour lesquelles le distributeur dépend d'offres des entreprises du réseau de distribution et - d'autres produits;

d) livre au distributeur, pour l'exécution d'un contrat de vente que le distributeur a conclu avec un utilisateurs final, une voiture particulière correspondant à un modèle de la gamme visée par l'accord, lorsqu'elle est offerte par le constructeur ou avec son consentement dans l'État membre où le véhicule doit être immatriculé.

2. Lorsque le distributeur a assumé des obligations visées à l'article 4 paragraphe 1 pour améliorer la structure de la distribution et du service de vente et d'après-vente, l'exemption s'applique à condition que:

1) le fournisseur consente à libérer le distributeur des obligations visées à l'article 3 point 3 si le distributeur démontre l'existence de justifications objectives;

2) la durée de l'accord soit d'au moins cinq ans ou que le délai de résiliation ordinaire de l'accord conclu pour une période indéterminée soit d'au moins deux ans pour les deux parties; ce délai est réduit à un an au moins:

- lorsque le fournisseur est tenu de verser une indemnité appropriée en vertu de la loi ou d'une convention particulière, s'il est mis fin à l'accord ou - lorsqu'il s'agit de l'entrée du distributeur dans le réseau et de la première durée convenue de l'accord ou de la première possibilité de résiliation ordinaire;

3) chaque partie s'engage à informer l'autre au moins six mois avant la cessation de l'accord qu'elle ne désire pas proroger un accord conclu pour une période déterminée.

3. Les conditions d'exemption prévues aux paragraphes 1 et 2 ne préjugent pas:

- du droit du fournisseur de résilier l'accord moyennant un préavis d'au moins un an en cas de nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau,
- du droit d'une partie d'exercer la résiliation extraordinaire de l'accord en raison d'un manquement de l'autre partie à une

de ses obligations essentielles.
 Dans chaque cas, les parties doivent, en cas de désaccord, accepter un système de règlement rapide du litige, tel le recours à un tiers expert ou à un arbitre, sans préjudice du droit des parties de saisir le tribunal compétent conformément aux dispositions du droit national applicable.

Article 6
 1. L'exemption ne s'applique pas dès lors:
 1) que les deux parties à l'accord ou des entreprises qui leur sont liées sont des constructeurs de véhicules automobiles ou
 2) que les parties lient leur accord à des stipulations concernant d'autres produits ou services que ceux visés par le présent règlement ou appliquent leur accord à de tels produits ou services ou 3) que, à l'égard de véhicules automobiles à trois roues et plus, de leurs pièces de rechange ou de services, les parties conviennent de restrictions de concurrence qui ne sont pas expressément exemptées par le présent règlement ou 4) que, à l'égard de véhicules automobiles à trois roues et plus ou de leurs pièces de rechange, les parties conviennent d'accords ou de pratiques concertées auxquels les règlements (CEE) n° 1983/83 et (CEE) n° 1984/83 ont déclaré l'article 85 paragraphe 1 du traité inapplicable dans une mesure qui va au-delà du présent règlement ou 5) que les parties conviennent au profit du fournisseur une réserve de conclure des accords de distribution et de service portant sur des produits contractuels avec d'autres entreprises déterminées exerçant leur activité à l'intérieur du territoire convenu, ou de modifier le territoire convenu ou 6) que le constructeur, le fournisseur ou une autre entreprise du réseau restreint directement ou indirectement la liberté du distributeur de déterminer les prix et remises lors de la revente des produits contractuels ou des produits correspondants ou 7) que le constructeur, le fournisseur ou une autre entreprise du réseau restreint directement ou indirectement la liberté des utilisateurs finals, des intermédiaires mandatés ou des distributeurs de s'approvisionner auprès d'une entreprise du réseau de leur choix à l'intérieur du marché commun en produits contractuels ou en produits correspondants et d'obtenir le service après-vente de ces produits, ou la liberté des utilisateurs finals de revendre des produits contractuels ou des produits correspondants, pourvu que la vente ne soit pas réalisée à des fins commerciales, ou 8) que le fournisseur, sans raison objectivement justifiée, octroie aux distributeurs des rémunérations calculées en fonction du lieu de destination des véhicules automobiles revendus ou du domicile de l'acheteur, ou 9) que le fournisseur restreint directement ou indirectement la liberté du distributeur, prévue à l'article 3 point 5, de s'approvisionner auprès d'une entreprise tierce de son choix en pièces de rechange concurrentes des produits contractuels et qui atteignent le niveau de qualité de ces derniers, ou 10) que le constructeur restreint directement ou indirectement la liberté des offreurs de pièces de rechange de fournir ces produits à des revendeurs de leur choix y compris ceux qui sont des entreprises du réseau de distribution dans la mesure où ces pièces atteignent le niveau de qualité des produits contractuels, ou 11) que le constructeur restreint directement ou indirectement la liberté de producteurs de pièces d'apposer effectivement et de manière facilement visible leur marque ou signe aux pièces fournies pour la première monte ou pour la réparation ou l'entretien des produits contractuels ou des produits correspondants, ou 12) que le constructeur refuse de rendre accessibles, le cas échéant à titre onéreux, aux réparateurs qui ne sont pas des entreprises du réseau de distribution, les informations techniques nécessaires à la réparation ou à l'entretien des produits contractuels ou correspondants ou à la mise en oeuvre de normes de protection de l'environnement, à moins que ces informations ne soient couvertes par un droit de propriété intellectuelle ou ne constituent un savoir-faire secret, substantiel et identifié; dans ce cas, les informations techniques nécessaires ne doivent pas être refusées de façon abusive.
 2. Sans préjudice des conséquences pour les autres dispositions de l'accord, dans les cas énumérés au paragraphe 1 points 1 à 5, l'inapplicabilité de l'exemption vise toutes les clauses restrictives de la concurrence convenues dans l'accord concerné; dans les cas énumérés au paragraphe 1 points 6 à 12, elle ne vise que les clauses restrictives de la concurrence qui sont convenues respectivement en faveur du constructeur, du fournisseur ou d'une autre entreprise du réseau s'étant livrée au comportement incriminé.

3. Sans préjudice des conséquences pour les autres dispositions de l'accord, dans les cas énumérés au paragraphe 1 points 6 à 12, l'inapplicabilité de l'exemption ne vise que les clauses restrictives de la concurrence convenues respectivement en faveur du constructeur, du fournisseur ou d'une autre entreprise du réseau figurant dans les accords de distribution et de service de vente et d'après-vente conclus pour la zone géographique à l'intérieur du marché commun dans laquelle le jeu de la concurrence est faussé par le comportement incriminé, tant que dure le comportement incriminé.

Article 7
 L'interdiction énoncée à l'article 85 paragraphe 1 du traité ne s'applique pas pendant la période du 1er octobre 1995 au 30 septembre 1996 aux accords déjà en vigueur au 1er octobre 1995 et qui remplissaient les conditions d'exemption prévues par le règlement (CEE) n° 123/85.

Article 8
 Conformément à l'article 7 du règlement n° 19/65/CEE, la Commission peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement si elle constate que, dans un cas déterminé, un accord exempté en vertu du présent règlement a cependant certains effets qui sont incompatibles avec les conditions prévues à l'article 85 paragraphe 3 du traité, et notamment:
 1) lorsque des produits contractuels ou des produits correspondants ne sont pas soumis, dans le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci, à la concurrence de produits qui, en raison de leurs propriétés, de l'usage auquel ils sont destinés et de leur prix, sont considérés comme similaires par l'utilisateur;
 2) lorsqu'à des produits contractuels et à des produits correspondants sont appliqués de façon continue des prix ou des conditions qui divergent considérablement entre États membres et que ces différences considérables se fondent principalement sur des engagements exemptés par le présent règlement;
 3) lorsque le constructeur ou une entreprise du réseau dans l'approvisionnement des distributeurs en produits contractuels et des produits correspondants applique sans justifications objectives des prix ou des conditions de vente discriminatoires.

Article 9
 Les dispositions du présent règlement sont applicables par analogie aux pratiques concertées des catégories visées au

présent règlement. 10

Article 10

Pour l'application du présent règlement, les termes ci-après sont définis comme suit:

1) les « accords de distribution et de service de vente et d'après-vente » sont des accords-cadres de durée définie ou indéterminée conclus entre deux entreprises dans lesquels l'entreprise fournissant des produits charge l'autre d'en assurer la distribution et le service;

2) les « parties à l'accord » sont les entreprises participant à un accord au sens de l'article 1er: l'entreprise fournissant des produits contractuels est « le fournisseur », et l'entreprise chargée d'en assurer la distribution et le service est « le distributeur »;

3) le « territoire convenu » est le territoire délimité du marché commun auquel se réfère l'obligation de livraison exclusive au sens de l'article 1er;

4) les « produits contractuels » sont les véhicules automobiles neufs à trois roues ou plus destinés à être utilisés sur la voie publique ainsi que leurs pièces de rechange, qui font l'objet d'un accord au sens de l'article 1er;

5) la « gamme visée par l'accord » couvre l'ensemble des produits contractuels;

6) les « pièces de rechange » sont des pièces montées dans ou sur un véhicule automobile pour en remplacer des parties composantes. Les usages commerciaux de la branche concernée sont déterminants pour les distinguer d'autres pièces et accessoires;

7) le « constructeur » est l'entreprise:

a) qui construit ou fait construire des véhicules automobiles de la gamme visée par l'accord ou b) qui est liée à des entreprises visées au point a);

8) les « entreprises liées » sont:

a) des entreprises dont l'une dispose, directement ou indirectement:

- de plus de la moitié du capital ou du capital d'exploitation de l'autre entreprise,
- ou - de plus de la moitié des droits de vote dans l'autre entreprise,
- ou - du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'autre entreprise,
- ou - du droit de gérer les affaires de l'autre entreprise;

b) des entreprises dans lesquelles une entreprise tierce dispose directement ou indirectement de droits ou de pouvoirs visés au point a);

9) les « entreprises du réseau de distribution » sont, outre les parties à l'accord, le constructeur et les entreprises chargées par lui, ou avec son consentement, de la distribution ou du service de vente et d'après-vente de produits contractuels ou de produits correspondants;

10) les « voitures particulières correspondant à un modèle de la gamme visée par l'accord » sont des voitures particulières:

- que le constructeur fabrique ou monte en série,
- et - dont la carrosserie est de forme identique et dont le train de roulement, le groupe moto-propulseur et le type de moteur sont identiques à ceux des voitures particulières de la gamme visée par l'accord;

11) les « produits, véhicules ou pièces de rechange correspondants » sont ceux de même nature que ceux de la gamme visée par l'accord, qui sont distribués par le constructeur, ou avec son consentement, et font l'objet d'un accord de distribution et de service conclu avec une entreprise du réseau de distribution;

12) la « revente » est toute transaction par laquelle une personne physique ou morale - « le revendeur » - aliène à l'état neuf un véhicule automobile qu'il a auparavant acquis en son nom propre et pour son propre compte, quelles que soient la qualification juridique du point de vue du droit civil ou les modalités de la transaction qui opère cette revente. Est assimilé à la revente tout contrat de leasing qui comporte un transfert de propriété ou une option d'achat avant l'échéance du contrat;

13) dans le chef de distributeur, les notions « distribuer » et « vendre » incluent d'autres formes de commercialisation telles que le crédit-bail (leasing).

Article 11

1. La Commission procède à une évaluation régulière de l'application du présent règlement, notamment en ce qui concerne l'incidence du système de distribution exempté sur l'écart des prix des produits entre les différents États membres et sur la qualité des services aux utilisateurs finals.

2. La Commission recueille l'avis des associations et experts des différents milieux intéressés, notamment des associations de consommateurs.

3. La Commission établit un rapport sur l'évaluation du présent règlement au plus tard le 31 décembre 2000, en prenant notamment en considération les critères visés au paragraphe 1.

Article 12

Le règlement (CEE) n° 4087/88 n'est pas applicable à des accords concernant les produits ou services visés par le présent règlement.

Article 13

Le présent règlement entre en vigueur le 1er juillet 1995.

Il est applicable à partir du 1er octobre 1995 et jusqu'au 30 septembre 2002.

Les dispositions du règlement (CEE) n° 123/85 restent applicables jusqu'au 30 septembre 1995.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Règlement 2790/1999 du 22 décembre 1999
concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords
verticaux et de pratiques concertées

Article premier

Pour l'application du présent règlement:

- a) des "entreprises concurrentes" sont des fournisseurs actuels ou potentiels sur le même marché de produits; le marché de produits comprend les biens ou services que l'acheteur considère comme interchangeable ou substituables avec les biens ou services contractuels en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés;
- b) "obligation de non-concurrence" signifie toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché pertinent, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente;
- c) "obligation de fourniture exclusive" signifie toute obligation directe ou indirecte imposant au fournisseur de ne vendre les biens ou les services désignés dans l'accord qu'à un acheteur à l'intérieur de la Communauté en vue d'un usage déterminé ou de la revente;
- d) un "système de distribution sélective" est un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés;
- e) les "droits de propriété intellectuelle" comprennent les droits de propriété industrielle, les droits d'auteur et les droits voisins;
- f) les "savoir-faire" signifie un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci; dans ce contexte, "secret" signifie que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, n'est pas généralement connu ou facilement accessible; "substantiel" signifie que le savoir-faire doit inclure des informations indispensables pour l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels; "identifié" signifie que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité;
- g) par "acheteur", on entend: une entreprise qui, en vertu d'un accord tombant sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, du traité, vend des biens ou des services pour le compte d'une autre entreprise.

Article 2

1. Conformément à l'article 81, paragraphe 3, du traité, et sous réserve des dispositions du présent règlement, l'article 81, paragraphe 1, du traité est déclaré inapplicable aux accords ou pratiques concertées qui sont conclus entre deux ou plus de deux entreprises dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services (ci-après dénommés "accords verticaux").

La présente exemption s'applique dans la mesure où ces accords contiennent des restrictions de concurrence tombant sous le coup de l'article 81, paragraphe 1 (ci-après dénommées "restrictions verticales").

2. L'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique uniquement aux accords verticaux conclus entre une association d'entreprises et ses membres, ou entre une telle association et ses fournisseurs, si tous ses membres sont détaillants de biens et sous réserve qu'aucun des membres individuels de cette association, conjointement avec ses entreprises liées, ne réalise un chiffre d'affaires annuel total qui dépasse 50 millions d'euros; des accords verticaux conclus par ces associations sont couverts par le présent règlement sans préjudice de l'application de l'article 81 aux accords horizontaux conclus par les membres de l'association et aux décisions adoptées par l'association.

3. L'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique aux accords verticaux contenant des dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de tels accords et qu'elles soient directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. L'exemption s'applique auxdites dispositions sous réserve qu'en relation avec les biens ou les services contractuels, elles ne comportent pas de restrictions de concurrence ayant un objet ou un effet identique à celui de restrictions verticales non exemptées en vertu du présent règlement.

4. L'exemption prévue au paragraphe 1 ne s'applique pas aux accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes; toutefois, l'exemption s'applique lorsque des entreprises concurrentes concluent entre elles un accord vertical non réciproque et que:

- a) le chiffre d'affaires annuel total de l'acheteur ne dépasse pas 100 millions d'euros ou que
- b) le fournisseur est un producteur et un distributeur de biens alors que l'acheteur est un distributeur qui ne fabrique pas des biens concurrents des biens contractuels ou que
- c) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux du commerce alors que l'acheteur ne fournit pas de services concurrents au niveau du commerce où il achète les services contractuels.

5. Le présent règlement ne s'applique pas aux accords verticaux faisant l'objet d'un autre règlement d'exemption par catégorie.

Article 3

1. Sous réserve du paragraphe 2 du présent article, l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part du marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vend les biens ou services contractuels.

2. Dans le cas d'accords verticaux contenant des obligations de fourniture exclusive, l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part du marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il achète les biens ou les services contractuels.

Article 4

L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont pour objet:

- a) la restriction de la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal à la suite d'une pression exercée par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle;
- b) la restriction concernant le territoire dans lequel, ou la clientèle à laquelle, l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels, sauf:
 - la restriction des ventes actives vers un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive réservés au fournisseur ou concédés par le fournisseur à un autre acheteur, lorsqu'une telle restriction ne limite pas les ventes de la part des clients de l'acheteur,
 - la restriction des ventes aux utilisateurs finals par un acheteur qui opère en tant que grossiste sur le marché,
 - la restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective aux distributeurs non agréés et
 - la restriction de la capacité de l'acheteur de vendre des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient utiliser ces composants pour la fabrication de biens similaires à ceux produits par le fournisseur des composants;
- c) la restriction des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé;
- d) la restriction des livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre les distributeurs opérant à des stades différents du commerce;
- e) la restriction convenue entre un fournisseur de composants et un acheteur qui incorpore ces composants lorsque le fournisseur est restreint dans la vente de ces composants en tant que pièces détachées à des utilisateurs finals ou à des réparateurs ou à d'autres prestataires de services qui n'ont pas été désignés par l'acheteur pour la réparation ou l'entretien de ses biens.

Article 5

L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique à aucune des obligations suivantes contenues dans des accords verticaux:

- a) toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence, dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans; une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans doit être considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée; cette limitation de la durée à cinq ans n'est toutefois pas applicable lorsque les biens ou services contractuels sont vendus par l'acheteur à partir de locaux et de terrains dont le fournisseur est propriétaire ou que le fournisseur loue à des tiers non liés à l'acheteur, à condition que la durée de ces obligations de non-concurrence ne dépasse pas la période d'occupation des locaux et des terrains par l'acheteur;
- b) toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services, sauf si cette obligation:
 - concerne des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou services contractuels et
 - est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a opéré pendant la durée du contrat et
 - est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur,à condition que la durée d'une telle obligation de non-concurrence soit limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord; la présente obligation ne porte pas atteinte à la possibilité d'imposer, pour une durée indéterminée, une restriction à l'utilisation et à la divulgation d'un savoir-faire qui n'est pas tombé dans le domaine public;
- c) toute obligation directe ou indirecte imposée aux membres d'un système de distribution sélective de ne pas vendre des marques de fournisseurs concurrents déterminés.

Article 6

Conformément à l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 19/65/CEE, la Commission peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement si elle constate que, dans un cas déterminé, des accords verticaux exemptés en vertu du présent règlement ont cependant des effets qui sont incompatibles avec les conditions prévues par l'article 81, paragraphe 3, du traité, en particulier lorsque l'accès au marché en cause, ou la concurrence sur celui-ci, est restreint de façon significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées par des fournisseurs ou des acheteurs concurrents.

Article 7

Lorsque, dans un cas déterminé, des accords verticaux auxquels l'exemption prévue à l'article 2 s'applique produisent des effets incompatibles avec les conditions prévues par l'article 81, paragraphe 3, du traité sur le territoire d'un État membre, ou sur une partie de ce territoire, qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct, l'autorité compétente de cet État membre peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement sur ce territoire, dans les conditions prévues à l'article 6.

Article 8

1. Conformément à l'article 1er bis du règlement n° 19/65/CEE, la Commission peut déclarer, par voie de règlement, lorsque des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires couvrent plus de 50 % d'un marché en cause, que le présent règlement ne s'applique pas aux accords verticaux qui comportent des restrictions spécifiques concernant ce marché.

2. Tout règlement adopté en vertu du paragraphe 1 ne s'applique qu'après au moins six mois à compter de son adoption.

Article 9

1. La part de marché de 30 % prévue à l'article 3, paragraphe 1, est calculée sur la base de la valeur des ventes, sur le marché, des biens ou des services contractuels ainsi que des autres biens ou services vendus par le fournisseur que l'acheteur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés; en l'absence de données relatives à la valeur des ventes sur le marché, la détermination de la part

de marché de l'entreprise concernée peut s'effectuer sur la base d'estimations fondées sur d'autres informations fiables relatives au marché, y compris le volume des ventes sur celui-ci. Aux fins de l'application de l'article 3, paragraphe 2, c'est respectivement la valeur des achats sur le marché ou son estimation qui est utilisée pour calculer la part de marché.

2. Aux fins de l'application du seuil de part de marché prévu à l'article 3, les règles suivantes s'appliquent:

- a) la part de marché est calculée sur la base de données relatives à l'année civile précédente;
- b) la part de marché inclut les biens ou les services fournis aux distributeurs intégrés aux fins de la vente;
- c) si la part de marché franchit le seuil de 30 %, mais ne dépasse pas 35 %, l'exemption prévue à l'article 2 continue à s'appliquer pendant deux années civiles consécutives suivant l'année pendant laquelle le seuil a dépassé 30 %;
- d) si la part de marché franchit le seuil de 30 % et dépasse le seuil de 35 %, l'exemption prévue par l'article 2 continue à s'appliquer pendant une année civile suivant l'année pendant laquelle le niveau de 35 % a été dépassé;
- e) le bénéfice des points c) et d) ne peut pas être combiné de manière à dépasser une période de deux années civiles.

Article 10

1. Le calcul du chiffre d'affaires annuel total au sens de l'article 2, paragraphe 2, et de l'article 2, paragraphe 4, résulte de l'addition du chiffre d'affaires, hors taxes et autres redevances, réalisé au cours de l'exercice précédent par la partie concernée à l'accord vertical et du chiffre d'affaires réalisé par les entreprises qui lui sont liées, en ce qui concerne tous les biens et services. À cette fin, il n'est pas tenu compte des transactions intervenues entre la partie à l'accord vertical et les entreprises qui lui sont liées ni de celles qui sont intervenues entre ces dernières entreprises.

2. L'exemption prévue à l'article 2 reste applicable si, pendant une période de deux exercices consécutifs, le seuil du chiffre d'affaires annuel total n'est pas dépassé de plus de 10 %.

Article 11

1. Pour l'application du présent règlement, les termes "entreprise", "fournisseur" et "acheteur" comprennent leurs entreprises liées respectives.

2. Sont considérées comme entreprises liées:

- a) les entreprises dans lesquelles une partie à l'accord dispose directement ou indirectement
 - de plus de la moitié des droits de vote ou
 - du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise, ou
 - du droit de gérer les affaires de l'entreprise;
- b) les entreprises qui disposent directement ou indirectement dans une entreprise partie à l'accord des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);
- c) les entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point b) dispose directement ou indirectement des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);
- d) les entreprises dans lesquelles une entreprise partie à l'accord et une ou plusieurs des entreprises visées aux points a), b) ou c) ou dans lesquelles deux ou plusieurs de ces dernières entreprises disposent ensemble des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);
- e) les entreprises dans lesquelles des droits ou des pouvoirs énumérés au point a) sont détenus conjointement par:
 - des parties à l'accord ou leurs entreprises liées respectives visées aux points a) à d) ou
 - une ou plusieurs des parties à l'accord ou une ou plusieurs de leurs entreprises liées visées aux points a) à d) et une ou plusieurs parties tierces.

3. Aux fins de l'application de l'article 3, la part de marché détenue par les entreprises visées au paragraphe 2, point e), du présent article doit être imputée à parts égales à chaque entreprise disposant des droits ou des pouvoirs énumérés au paragraphe 2, point a).

Article 12

1. Les exemptions prévues par les règlements (CEE) n° 1983/83(4), (CEE) n° 1984/83(5) et (CEE) n° 4087/88(6) de la Commission continuent de s'appliquer jusqu'au 31 mai 2000.

2. L'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas, pendant la période du 1er juin 2000 au 31 décembre 2001, aux accords déjà en vigueur au 31 mai 2000 qui ne remplissent pas les conditions d'exemption prévues par le présent règlement, mais qui remplissent les conditions d'exemption prévues par les règlements (CEE) n° 1983/83, (CEE) n° 1984/83 ou (CEE) n° 4087/88.

Article 13

Le présent règlement entre en vigueur le 1er janvier 2000.

Il est applicable à partir du 1er juin 2000, à l'exception de l'article 12, paragraphe 1, qui est applicable à partir du 1er janvier 2000.

Le présent règlement expire le 31 mai 2010.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Projet de règlement de la Commission
concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords
verticaux et de pratiques concertées dans l'industrie automobile

Article premier

Définitions

Aux fins du présent règlement, on entend par:

- a) "entreprises concurrentes": des fournisseurs réels ou potentiels sur le même marché de produits; le marché de produits comprend les biens ou les services que l'acheteur considère comme interchangeables ou substituables avec les biens ou les services contractuels en raison des caractéristiques et des prix des produits ainsi que de l'usage auquel ils sont

destinés;

b) "obligation de non-concurrence": toute obligation directe ou indirecte empêchant l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 50 % de ses achats totaux de biens ou de services contractuels et des biens ou des services substituables sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente. Cela ne comprend pas une obligation dans le chef du distributeur de vendre les véhicules automobiles d'autres fournisseurs dans des zones de vente séparées de la salle d'exposition afin d'éviter toute confusion entre les marques;

c) "obligation de fourniture exclusive": toute obligation directe ou indirecte imposant au fournisseur de ne vendre les biens ou les services désignés dans l'accord qu'à un acheteur à l'intérieur de la Communauté en vue d'un usage déterminé ou de la revente;

d) "système de distribution sélective": un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs ou des réparateurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs ou ces réparateurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs ou des réparateurs non agréés, sans préjudice de la faculté de vendre des pièces de rechange et de l'obligation de fournir toutes les informations techniques, tous les systèmes de diagnostic, tous les outils et toutes les formations nécessaires à la réparation et à l'entretien des véhicules automobiles ou pour la mise en oeuvre des mesures de protection de l'environnement à des réparateurs non agréés;

e) "système de distribution sélective quantitative": un système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs et les réparateurs, des critères qui limitent directement le nombre de distributeurs ou de réparateurs sélectionnés;

f) "système de distribution sélective qualitative": un système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs ou les réparateurs, des critères de nature purement qualitative, requis par la nature du bien ou du service contractuel, établis uniformément pour tous les membres potentiels du système de distribution, appliqués de manière non discriminatoire et ne limitant pas directement le nombre de distributeurs ou de réparateurs;

g) "droits de propriété intellectuelle": les droits de propriété industrielle, les droits d'auteur et les droits voisins;

h) "savoir-faire": un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci; dans ce contexte, "secret" signifie que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, n'est pas généralement connu ou facilement accessible; "substantiel" signifie que le savoir-faire doit inclure des informations indispensables pour l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels; "identifié" signifie que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité;

i) "acheteur": qu'il s'agisse d'un distributeur ou d'un réparateur, une entreprise qui, en vertu d'un accord qui relève de l'article 81, paragraphe 1, du traité, vend des biens ou des services pour le compte d'une autre entreprise;

j) "réparateur agréé": un prestataire de services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles qui opère au sein d'un système de distribution créé par un fournisseur de véhicules automobiles;

k) "réparateur non agréé ou indépendant": un prestataire de services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles qui n'opère pas au sein du système de distribution créé par un fournisseur pour ses véhicules automobiles;

l) "véhicule automobile": un véhicule à trois roues ou plus destiné à être utilisé sur la voie publique;

m) "voiture particulière": un véhicule automobile destiné au transport de passagers et ne comprenant pas plus de huit sièges, outre celui du conducteur;

n) "gamme visée par l'accord": la totalité des différents modèles de véhicules automobiles achetés par le distributeur au fournisseur;

o) "véhicule automobile correspondant à un modèle de la gamme visée par l'accord": un véhicule

- que le constructeur fabrique ou monte en série et

- dont la carrosserie est de forme identique et dont le train de roulement, le groupe motopropulseur et le type de moteur sont identiques à ceux des véhicules de la gamme visée par l'accord et

- qui est l'objet d'un accord de distribution avec une autre entreprise du système de distribution mis en place par le constructeur ou avec son consentement.

p) "pièces de rechange": des pièces qui sont destinées à être montées dans ou sur un véhicule automobile pour remplacer des composants de ce véhicule;

q) "pièces de rechange d'origine": des pièces de rechange qui sont produites par le fabricant des composants qui sont ou ont été utilisés pour le montage du véhicule automobile neuf et qui sont fabriquées sur la même ligne de production que ces composants. Il revient au fabricant de pièces détachées de prouver que ces pièces sont de qualité équivalente à celle des composants utilisés pour le montage du véhicule automobile neuf;

r) "pièces de rechange de qualité équivalente": des pièces de rechange dont la qualité est équivalente à celle des composants qui sont ou ont été utilisés pour le montage d'un véhicule automobile neuf et qui sont produites par le fabricant de ces composants ou une autre entreprise, et pour lesquelles le fabricant peut prouver qu'elles sont de qualité équivalente à ces composants;

s) "entreprises du système de distribution": le constructeur et les entreprises chargées par lui ou avec son consentement de la distribution, de la réparation ou de l'entretien de biens contractuels ou de biens correspondants;

t) "utilisateur final": également les sociétés de crédit-bail sauf si les contrats de crédit-bail utilisés prévoient un transfert de propriété ou une option d'achat du véhicule avant l'expiration du contrat;

u) "opérateur indépendant": au sens de l'article 4, paragraphe 2, cette expression inclut en particulier les réparateurs indépendants, les fabricants de matériel ou d'outils de réparation, les éditeurs d'information technique, les automobiles-

clubs, les entreprises d'assistance routière, les opérateurs offrant des services d'inspection et de test et les opérateurs assurant des formations pour les réparateurs.

Article 2

Champ d'application

1. Conformément à l'article 81, paragraphe 3, du traité, et sous réserve des dispositions du présent règlement, l'article 81, paragraphe 1, est déclaré inapplicable aux accords ou aux pratiques concertées qui sont conclus entre deux ou plus de deux entreprises dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, lorsque ces accords ou ces pratiques concertées concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre des véhicules automobiles, des pièces de rechange pour véhicules automobiles ou des services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles (ci-après dénommés "accords verticaux").
2. La présente exemption s'applique dans la mesure où ces accords verticaux contiennent des restrictions de concurrence qui relèvent de l'article 81, paragraphe 1 (ci-après dénommées "restrictions verticales").
3. L'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique aux accords verticaux conclus entre une association d'entreprises et ses membres, ou entre une telle association et ses fournisseurs, uniquement si tous ses membres sont détaillants de véhicules automobiles ou de pièces de rechange pour véhicules automobiles et sous réserve qu'aucun des membres individuels de cette association, conjointement avec ses entreprises liées, ne réalise un chiffre d'affaires annuel total qui dépasse 50 millions d'euros; des accords verticaux conclus par ces associations sont couverts par le présent règlement sans préjudice de l'application de l'article 81 aux accords horizontaux conclus entre les membres de l'association ou aux décisions adoptées par l'association.
4. L'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique aux accords verticaux contenant des dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de tels accords et qu'elles soient directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. L'exemption s'applique sous réserve que, en ce qui concerne les biens ou les services contractuels, lesdites dispositions ne comportent pas de restrictions de concurrence ayant un objet ou un effet identique à celui de restrictions verticales non exemptées en vertu du présent règlement.
5. L'exemption prévue au paragraphe 1 ne s'applique pas aux accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes; toutefois, l'exemption s'applique lorsque des entreprises concurrentes concluent un accord vertical non réciproque et que:
 - a) le chiffre d'affaires annuel total de l'acheteur ne dépasse pas 100 millions d'euros ou que
 - b) le fournisseur est un producteur et un distributeur de biens alors que l'acheteur est un distributeur qui ne fabrique pas des biens concurrents des biens contractuels ou que
 - c) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale alors que l'acheteur ne fournit pas de services concurrents au niveau d'activité commerciale où il achète les services contractuels.

Article 3

Conditions générales d'applicabilité du présent règlement

1. Sous réserve des paragraphes 2, 3, 4, 5, 6 et 7 du présent article, l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il vend les véhicules automobiles neufs, les pièces détachées pour véhicules automobiles ou les services de réparation et d'entretien.
2. En dérogation au paragraphe 1, le seuil de part de marché est de 40 % pour les systèmes de distribution sélective quantitative destinés à la vente des véhicules automobiles neufs.
3. Le seuil de part de marché prévu aux paragraphes 1 et 2 ne s'applique pas aux accords instituant des systèmes de distribution sélective qualitative.
4. Dans le cas d'accords verticaux contenant des obligations de fourniture exclusive, l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il achète les biens ou les services contractuels.
5. L'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que l'accord vertical conclu avec un distributeur ou un réparateur prévoie que, si un fournisseur souhaite résilier cet accord, la notification de la résiliation doit indiquer clairement les raisons de celle-ci de manière à éviter qu'un fournisseur ne résilie un accord vertical avec un distributeur à cause de pratiques qui ne peuvent faire l'objet de restriction dans le cadre du présent règlement, en particulier les pratiques dont la restriction conduit à la non-application de l'exemption soit à la totalité de l'accord vertical, aux termes de l'article 4, soit à la restriction en cause, aux termes de l'article 5.
6. L'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que l'accord vertical conclu avec un distributeur ou un réparateur prévoit que le délai de résiliation ordinaire soit d'au moins deux ans pour les deux parties; ce délai est réduit à un an au moins, lorsque:
 - a) le fournisseur est tenu de verser une indemnité appropriée en vertu de la loi ou d'une convention particulière, s'il est mis fin à l'accord, ou
 - b) le fournisseur résilie l'accord en cas de nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau.
7. L'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que l'accord vertical prévoie la possibilité pour les parties de recourir à un tiers expert indépendant ou à un arbitre en cas de litiges relatifs au respect de leurs obligations contractuelles. Ces litiges peuvent concerner par exemple l'application des critères convenus pour déterminer les objectifs de vente, la réalisation des objectifs de vente ou le respect des obligations de fourniture, le respect des obligations en matière de stock, le respect d'une obligation de fournir ou d'utiliser des véhicules de démonstration, la question de savoir si l'interdiction d'opérer sur un lieu d'établissement non autorisé limite la capacité du détaillant d'étendre ses activités ou la question de savoir si la résiliation d'un contrat est justifiée par les raisons données dans l'avis de résiliation. Cette possibilité ne porte pas préjudice au droit, pour chaque partie, de saisir une juridiction nationale.

Article 4

Restrictions caractérisées

1. L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément

ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont pour objet:

- a) la restriction de la capacité du distributeur ou du réparateur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal à la suite d'une pression exercée par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle;
- b) la restriction du territoire sur lequel, ou de la clientèle à laquelle, le distributeur ou le réparateur peut vendre les biens ou les services contractuels, sauf:
 - la restriction des ventes actives vers un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive réservés au fournisseur ou concédés par le fournisseur à un autre distributeur ou réparateur, lorsqu'une telle restriction ne limite pas les ventes par les clients du distributeur ou du réparateur,
 - la restriction des ventes aux utilisateurs finals par un distributeur qui opère en tant que grossiste sur le marché,
 - la restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective de véhicules automobiles et de pièces de rechange neufs à des distributeurs non agréés, sous réserve des dispositions du point e) ci-dessous,
 - la restriction de la capacité de l'acheteur de vendre des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens similaires à ceux produits par le fournisseur;
- c) la restriction des livraisons croisées entre les distributeurs ou les réparateurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre les distributeurs ou les réparateurs opérant à des niveaux différents sur le marché;
- d) la restriction des ventes actives ou passives de véhicules automobiles, de pièces de rechange pour tous les véhicules automobiles ou de services de réparation et d'entretien à des consommateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre d'un système de distribution sélective quantitative d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé si cette interdiction ne limite pas l'expansion des activités du distributeur ou du réparateur au lieu d'établissement autorisé;
- e) la restriction des ventes, par les membres d'un système de distribution sélective, de pièces de rechange pour les véhicules automobiles à des réparateurs indépendants qui les utilisent pour la réparation ou l'entretien d'un véhicule automobile;
- f) la restriction de la capacité du distributeur de vendre un véhicule automobile correspondant à un modèle de la gamme visée par l'accord du distributeur;
- g) la restriction de la capacité du distributeur de véhicules automobiles de sous-traiter la fourniture de services de réparation et d'entretien à des réparateurs agréés, à condition que le distributeur informe de manière appropriée le consommateur, au plus tard au moment de l'achat, du lieu d'établissement du réparateur agréé;
- h) la restriction de la capacité du réparateur de limiter ses activités à la fourniture de services de réparation et d'entretien et à la distribution de pièces de rechange;
- i) la restriction convenue entre un fournisseur de pièces de rechange d'origine ou de pièces de qualité équivalente, d'outils destinés aux réparations ou d'équipements de diagnostic d'une part, et d'autre part un constructeur automobile, qui limite la capacité du fournisseur de vendre de tels produits à des distributeurs indépendants, des réparateurs agréés ou indépendants ou à des utilisateurs finals qui les utilisent pour la réparation et l'entretien de véhicules automobiles;
- j) la restriction de la capacité d'un distributeur ou d'un réparateur d'obtenir d'une entreprise tierce de son choix des pièces de rechange d'origine ou des pièces de rechange de qualité équivalente et de les utiliser pour la réparation et l'entretien de véhicules automobiles, sans préjudice de la possibilité pour un fournisseur de véhicules automobiles neufs d'imposer l'utilisation de pièces de rechange d'origine fournies par lui pour les réparations sous garantie, le service gratuit et les actions de rappel des véhicules;
- k) la restriction convenue entre un constructeur automobile qui utilise des composants pour la première monte des véhicules automobiles et le fournisseur de ces composants, qui limite la capacité de ce dernier d'apposer sa marque ou son logo de façon effective et visible sur les composants fournis ou sur les pièces de rechange d'origine et les pièces de rechange de qualité équivalente.

2. L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas lorsque le fournisseur de véhicules automobiles refuse aux opérateurs indépendants l'accès aux informations techniques, aux équipements de diagnostic et autres, aux outils, notamment les logiciels utiles, et aux formations nécessaires à la réparation et à l'entretien de ces véhicules automobiles ou pour la mise en oeuvre des mesures de protection de l'environnement. L'accès doit être accordé aux opérateurs indépendants sans discrimination et de façon proportionnée. Si l'élément concerné est couvert par un droit de propriété intellectuelle ou s'il constitue un savoir-faire, l'accès ne peut être refusé de façon abusive.

Article 5

Conditions spécifiques

L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique à aucune des obligations suivantes contenues dans des accords verticaux:

- a) toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence relative à la vente de véhicules automobiles;
- b) toute obligation directe ou indirecte empêchant le réparateur de vendre des services de crédit-bail relatifs aux biens contractuels ou à des biens correspondants;
- c) toute obligation directe ou indirecte empêchant le distributeur ou le réparateur, après résiliation de l'accord, de produire, d'acheter, de vendre ou de revendre des véhicules automobiles ou de fournir des services de réparation ou d'entretien;
- d) toute obligation directe ou indirecte limitant la possibilité pour le réparateur de véhicules automobiles de fournir des services de réparation ou d'entretien pour des marques de fournisseurs concurrents;
- e) toute obligation directe ou indirecte empêchant les membres d'un système de distribution sélective de vendre les marques de certains fournisseurs concurrents déterminés;
- f) toute obligation directe ou indirecte imposée à un membre d'un système de distribution sélective pour la distribution des véhicules particuliers limitant sa capacité d'établir des points de vente ou de livraison, ou des entrepôts sur d'autres sites dans le marché commun;

g) toute obligation directe ou indirecte à l'intérieur d'un système de distribution sélective dont la durée dépasse cinq ans et qui limite la localisation de l'établissement d'une concession destinée aux véhicules automobiles autres que les voitures particulières;

h) toute obligation directe ou indirecte concernant le lieu d'établissement d'un réparateur agréé.

Article 6

Retrait du bénéfice de l'application du règlement par la Commission

Conformément à l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 19/65/CEE, la Commission peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement si elle constate que, dans un cas déterminé, des accords verticaux exemptés en vertu du présent règlement ont néanmoins des effets qui sont incompatibles avec les conditions fixées à l'article 81, paragraphe 3, du traité, et en particulier:

- a) lorsque l'accès au marché en cause, ou la concurrence sur celui-ci, sont restreints de manière significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées par des fournisseurs ou des acheteurs concurrents, ou
- b) lorsque la concurrence est restreinte sur un marché sur lequel un fournisseur n'est pas soumis à une véritable concurrence de la part d'autres fournisseurs, ou
- c) lorsque les différences de prix ou de conditions de fourniture des biens contractuels ou de biens correspondants sont substantielles entre les marchés géographiques, ou
- d) lorsque des prix ou des conditions de vente discriminatoires sont pratiqués à l'intérieur d'un marché géographique.

Article 7

Retrait du bénéfice de l'application du règlement par les autorités d'un État membre

Lorsque, dans un cas déterminé, des accords verticaux auxquels l'exemption prévue à l'article 2 s'applique produisent des effets incompatibles avec les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3, du traité sur le territoire d'un État membre, ou sur une partie de ce territoire, qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct, l'autorité compétente de cet État membre peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement sur ce territoire, selon les conditions prévues à l'article 6.

Article 8

Non-application du règlement

1. Conformément à l'article 1er, point a), du règlement n° 19/65/CEE, la Commission peut déclarer, par voie de règlement, lorsque des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires couvrent plus de 50 % d'un marché en cause, que le présent règlement ne s'applique pas aux accords verticaux qui comportent des restrictions spécifiques concernant ce marché.

2. Tout règlement adopté en vertu du paragraphe 1 ne s'applique qu'après au moins une année à compter de son adoption.

Article 9

Calcul de la part de marché

1. Les parts de marché prévues dans le présent règlement sont calculées sur la base du volume des ventes sur le marché des biens ou des services contractuels ainsi que des autres biens ou des services vendus par le fournisseur que l'acheteur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés; en l'absence de données relatives au volume des ventes sur le marché, la part de marché de l'entreprise concernée peut être déterminée sur la base d'estimations fondées sur d'autres informations fiables relatives au marché, y compris la valeur des ventes sur celui-ci. Aux fins de l'application de l'article 3, paragraphe 2, c'est respectivement le volume d'achat sur le marché ou son estimation qui est utilisée pour calculer la part de marché.

2. Aux fins de l'application des seuils de part de marché de 30 % et 40 % prévus dans le présent règlement, les règles suivantes s'appliquent:

- a) la part de marché est calculée sur la base des données relatives à l'année civile précédente;
- b) la part de marché inclut les biens ou les services fournis aux distributeurs intégrés aux fins de la vente;
- c) si, initialement, la part de marché ne dépasse pas respectivement 30 % ou 40 %, mais qu'elle franchit par la suite ces seuils sans dépasser respectivement 35 % ou 45 %, l'exemption prévue à l'article 2 continue à s'appliquer pendant deux années civiles consécutives suivant l'année pendant laquelle le seuil respectif de 30 % ou 40 % a été dépassé pour la première fois;
- d) si, initialement, la part de marché ne dépasse pas respectivement 30 % ou 40 %, mais qu'elle franchit par la suite ces seuils pour dépasser respectivement 35 % ou 45 %, l'exemption prévue à l'article 2 continue à s'appliquer pendant une année civile suivant l'année pendant laquelle le seuil respectif de 30 % ou 40 % a été dépassé pour la première fois;
- e) le bénéfice des points c) et d) ne peut être combiné de manière à dépasser une période de deux années civiles.

Article 10

Calcul du chiffre d'affaires

1. Le calcul du chiffre d'affaires annuel total au sens de l'article 2, paragraphe 3, et de l'article 2, paragraphe 5, résulte de l'addition du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice précédent par la partie concernée à l'accord vertical et du chiffre d'affaires réalisé par les entreprises qui lui sont liées, en ce qui concerne tous les biens et services, hors taxes et autres redevances. À cette fin, il n'est pas tenu compte des transactions intervenues entre la partie à l'accord vertical et les entreprises qui lui sont liées ni de celles qui sont intervenues entre ces entreprises.

2. L'exemption prévue à l'article 2 reste applicable si, pendant une période de deux exercices consécutifs, le seuil du chiffre d'affaires annuel total n'est pas dépassé de plus de 10 %.

Article 11

Définition des entreprises liées

1. Aux fins du présent règlement, les termes "entreprise", "fournisseur", "acheteur", "distributeur" et "réparateur" comprennent les entreprises qui leur sont respectivement liées.

2. Sont considérées comme "entreprises liées":

a) les entreprises dans lesquelles une partie à l'accord dispose directement ou indirectement:

- de plus de la moitié des droits de vote, ou
- du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou du conseil d'administration ou d'organes représentant légalement l'entreprise, ou
- du droit de gérer les affaires de l'entreprise;

b) les entreprises qui disposent directement ou indirectement dans une entreprise partie à l'accord des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);

c) les entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point b) dispose directement ou indirectement des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);

d) les entreprises dans lesquelles une partie à l'accord et une ou plusieurs des entreprises visées aux points a), b) ou c) ou les entreprises dans lesquelles deux ou plusieurs de ces dernières entreprises disposent ensemble des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);

e) les entreprises dans lesquelles des droits ou des pouvoirs énumérés au point a) sont détenus conjointement par:

- des parties à l'accord ou les entreprises qui leur sont respectivement liées visées aux points a) à d) ou
- une ou plusieurs des parties à l'accord ou une ou plusieurs des entreprises qui leur sont liées visées aux points a) à d) et une ou plusieurs parties tierces.

3. Aux fins de l'application de l'article 3, la part de marché détenue par les entreprises visées au paragraphe 2, point e), du présent article doit être imputée à parts égales à chaque entreprise disposant des droits ou des pouvoirs énumérés au paragraphe 2, point a).

Article 12

Période transitoire

L'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, du traité CE ne s'applique pas, pendant la période du 1er octobre 2002 au 30 septembre 2003, aux accords déjà en vigueur au 30 septembre 2002 qui ne remplissent pas les conditions d'exemption prévues par le présent règlement, mais qui remplissent les conditions d'exemption prévues par le règlement (CE) n° 1475/95.

Article 13

Rapport d'évaluation

La Commission établira un rapport d'évaluation du présent règlement au plus tard le 31 mai 2008.

Article 14

Entrée en vigueur et expiration

Le présent règlement entre en vigueur le 1er octobre 2002.

Le présent règlement expire le 31 mai 2010.

III – Recommandations

Recommandation 87/598 du 8 décembre 1987

**portant sur un code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique
(Relations entre institutions financières, commerçants-prestataires de services et consommateurs)**

RECOMMANDE:

à tous les partenaires économiques concernés de se conformer aux dispositions du « code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique » ci-après:

(1) COM(86)754 final.

CODE EUROPÉEN DE BONNE CONDUITE EN MATIÈRE DE PAIEMENT ÉLECTRONIQUE

I. OBJECTIF DU CODE

1. Le code résume les conditions qui devraient être remplies pour permettre le développement des nouveaux moyens de paiement électronique au profit de l'ensemble des partenaires économiques et apporter:

- pour les consommateurs sécurité et commodité,
- pour les prestataires de services et émetteurs un gain de productivité et une sécurité accrues,
- pour l'industrie européenne un marché opérateur.

2. Les principes de loyauté devraient être respectés par tous ceux qui mettent en oeuvre les systèmes de carte de paiement ou qui les utilisent.

3. L'évolution technologique devrait répondre à une conception européenne des moyens de paiement électronique avec une interopérabilité aussi générale que possible pour éviter tout cloisonnement des systèmes et donc du marché.

II. DÉFINITIONS

Au sens du présent code on entend par:

1. « paiement électronique »: toute opération de paiement effectuée à l'aide d'une carte à piste(s) magnétique(s) ou incluant un micro-processeur, auprès d'un équipement terminal de paiement électronique (TPE) au terminal de vente (TPV).

Sont exclus de ce code:

- les cartes privatives ne correspondant pas à la définition du paiement électronique ci-dessus,
- les cartes qui servent des buts autres que le paiement direct ou à terme,
- les paiements par chèques garantis par une carte bancaire,
- les paiements par carte selon des procédures mécaniques (facturettes).

2. « émetteur »: tout établissement de crédit ou organisation de cartes délivrant une carte de paiement à usage électronique, toute entreprise de production ou de services pouvant également délivrer ce type de carte;
3. « prestataires de services »: les entreprises du commerce ou de services;
4. « consommateurs »: les titulaires de cartes;
5. « interopérabilité »: la situation dans laquelle les cartes émises dans un État membre et/ou appartenant à un certain système de cartes peuvent être utilisées dans d'autres États membres et/ou dans les réseaux mis en place par un autre système; ceci présuppose une comptabilité technologique des cartes et lecteurs utilisés dans les différents systèmes ainsi qu'une ouverture de ces systèmes moyennant des accords basés sur le principe de la réciprocité.

III. PRINCIPES GÉNÉRAUX

1. Contrats

- a) Les contrats conclus par les émetteurs ou leur représentant aussi bien avec les prestataires qu'avec les consommateurs sont écrits et doivent être faits suite à une demande préalable. Ils définissent avec précision les conditions générales et particulières de la convention.
- b) Ils sont rédigés dans la ou les langue(s) officielle(s) de l'État membre dans lequel le contrat est conclu.
- c) Toute tarification du barème de charge doit être fixée de façon transparente en tenant compte des charges et des risques réels et sans entraîner de restriction à la libre concurrence.
- d) Toutes les conditions, dans la mesure où elles sont conformes à la loi, sont librement négociables et clairement stipulées dans le contrat.
- e) Les conditions spécifiques de résiliation du contrat doivent être précisées et portées à la connaissance des parties préalablement à la conclusion du contrat.

2. Interopérabilité

L'interopérabilité devrait être menée à terme (1) totale et universelle au moins dans la Communauté afin de permettre au prestataire de services et au consommateur de s'affilier au(x) ou émetteur(s) de son choix, chaque terminal pouvant traiter toutes les cartes.

3. Équipement

- a) les terminaux de paiement électronique sont appelés à réaliser l'enregistrement, le contrôle et la transmission du paiement et peuvent être intégrés dans un terminal point de vente.
- b) Le prestataire doit, s'il le désire, avoir la possibilité de s'équiper d'un unique terminal polyvalent.
- c) Le prestataire doit avoir la possibilité de choisir librement son terminal point de vente. Il doit lui être possible de le louer ou de l'acquérir à la seule condition qu'il soit agréé pour être conforme aux exigences de l'ensemble du système de paiement et s'insérer dans le processus d'interopérabilité.

4. Protection des données et sécurité

- a) Le paiement électronique est irréversible. L'ordre donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable et interdit par là même toute opposition.
- b) Les données transmises, au moment du paiement, à la banque du prestataire et ultérieurement à l'émetteur, ne doivent en aucun cas porter atteinte à la protection de la vie privée. Elles sont strictement limitées à celles normalement prévues pour les chèques et les virements.
- c) L'ensemble des problèmes posés par la protection des données et la sécurité doivent être clairement évoqués et résolus à tous les stades dans les contrats entre les parties.
- d) Les contrats ne doivent pas porter atteinte à la liberté de gestion et de concurrence entre les prestataires de services.

5. Accès équitable au système

- a) Quelle que soit leur importance économique un accès équitable au système de paiement électronique doit être offert à tous les prestataires de services concernés. L'accès ne peut être refusé à un prestataire que pour un motif légitime.
- b) La rémunération des mêmes services pour les opérations à l'intérieur d'un État membre et pour les opérations transnationales avec d'autres pays de la Communauté ne doit pas comporter de différence injustifiée entre services internes et transnationaux, notamment dans les régions frontalières.

IV. DISPOSITIONS COMPLÉMENTAIRES

1. Concernant les relations émetteurs-prestataires

- a) En vue de favoriser l'ouverture entre systèmes de cartes différentes, les contrats passés entre émetteurs d'un côté et prestataires de l'autre ne doivent pas contenir de clause d'exclusivité exigeant que le prestataire se limite au seul système avec lequel il a contracté un accord.
- b) Les contrats doivent permettre aux prestataires de services de faire jouer une concurrence effective entre les divers émetteurs. Les dispositions obligatoires doivent être strictement limitées aux exigences techniques permettant d'assurer le bon fonctionnement du système.

2. Concernant les relations émetteurs-consommateurs

Le consommateur titulaire de la carte prendra toutes précautions raisonnables propres à assurer la sécurité de la carte émise et s'en tiendra aux conditions particulières (perte ou vol) du contrat qu'il aura signé.

3. Concernant les relations prestataire-consommateur

Le prestataire affiche, de façon bien visible, les cartes ou sigles des cartes qui font l'objet de son affiliation et qu'il est tenu d'accepter.

Recommandation 88/590 du 17 novembre 1988
concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre titulaires et émetteurs de cartes

RECOMMANDE:

que, au plus tard douze mois après la date de la présente recommandation:

1) les émetteurs de moyens de paiement et les fournisseurs de système opèrent conformément aux dispositions figurant en annexe;

2) les États membres fassent en sorte, afin de faciliter les opérations visées dans l'annexe, que les données relatives aux titulaires contractants soient transmises mais qu'elles soient:

- réduites au strict minimum,
- tenues secrètes par toutes les personnes qui en ont connaissance à l'occasion de ces opérations.

ANNEXE

1. La présente annexe s'applique aux opérations suivantes:

- paiement électronique au moyen d'une carte, en particulier au point de vente,
- retrait de billets, dépôt de billets et de chèques et opérations connexes auprès d'appareils électroniques, tels que les distributeurs automatiques de billets et les guichets automatiques de banque,
- paiement non électronique par carte, notamment les processus de paiement pour lesquels une signature est nécessaire et une facture est fournie, à l'exclusion des cartes dont la seule fonction est de garantir un paiement effectué par chèque,
- paiement électronique effectué par un consommateur sans utiliser de carte, notamment le système de la banque à domicile.

2. Aux fins de la présente annexe, il y a lieu d'entendre par:

« moyen de paiement »: une carte ou tout autre moyen permettant à son utilisateur d'effectuer les opérations du type visé à l'article 1er;

« émetteur »: toute personne qui, dans le cadre de son activité professionnelle, propose au consommateur un moyen de paiement en vertu d'un contrat conclu avec lui;

« Fournisseur de système »: toute personne qui propose sous une appellation commerciale spécifique un produit financier dépendant habituellement d'un réseau et permettant l'utilisation des moyens de paiement pour les opérations susmentionnées;

« titulaire contractant »: toute personne qui, en vertu d'un contrat qu'elle a conclu avec un émetteur, détient un moyen de paiement;

« carte privative »: une carte émise par un détaillant à son client ou par un groupe de détaillants à leurs clients, pour permettre ou faciliter, en dehors de tout accès direct à un compte bancaire, le paiement des achats de biens et de services effectué exclusivement auprès du détaillant ou des détaillants émetteur(s), ou des détaillants qui acceptent la carte en vertu d'un contrat.

3.1. Chaque émetteur établit par écrit des clauses contractuelles complètes et loyales régissant l'émission et l'utilisation des cartes de paiement.

3.2. Les clauses contractuelles sont exprimées:

- en des termes aisément compréhensibles et dans une forme qui permette de les lire facilement,
- dans la langue ou les langues qui sont généralement utilisées à ces fins ou à des fins similaires là où les clauses contractuelles sont proposées.

3.3. Les clauses contractuelles précisent la base de calcul du montant des frais (y compris les intérêts éventuels) que le titulaire contractant doit payer à l'émetteur.

3.4. Les clauses contractuelles précisent:

- si le débit ou le crédit des opérations est instantané et, dans la négative, le délai dans lequel les opérations sont débitées ou créditées,
- pour les opérations qui donnent lieu à l'établissement d'une facture pour le titulaire contractant, le délai dans lequel la facture est établie.

3.5. Les clauses contractuelles ne sont pas modifiées sauf accord entre les parties; toutefois, cet accord est réputé exister lorsque l'émetteur propose une modification des clauses contractuelles et que le titulaire contractant, dûment informé, continue à utiliser le moyen de paiement.

4.1. Les clauses contractuelles imposent au titulaire contractant, vis-à-vis de l'émetteur, l'obligation:

a) de prendre toutes les mesures propres à assurer la sécurité du moyen de paiement et du procédé (tel que le code confidentiel) permettant de l'utiliser;

b) d'informer l'émetteur ou une agence centrale, sans délai excessif après la constatation:

- de la perte, du vol ou de la contrefaçon du moyen de paiement ou du procédé permettant de l'utiliser,
- de l'enregistrement d'opérations non autorisées sur son compte,
- de toute erreur ou autre irrégularité dans la gestion de son compte par l'émetteur;

c) de ne pas inscrire son code confidentiel sur le moyen de paiement ni sur tout autre document que l'intéressé conserve ou transporte avec le moyen de paiement, en particulier s'il risque d'être perdu ou volé ou reproduit en même temps que celui-ci;

d) de ne pas annuler un ordre qu'il a donné à l'aide de son moyen de paiement. 4.2. Les clauses contractuelles stipulent que, pour autant que le titulaire contractant s'acquitte des obligations qui lui sont imposées en vertu des alinéas a), b) premier tiret et c) du paragraphe 1 du présent article et, par ailleurs, n'agit pas avec une extrême exigence, ni frauduleusement, lorsqu'il utilise son moyen de paiement, il n'est pas responsable, après notification, du préjudice résultant de cette utilisation.

4.3. Les clauses contractuelles imposent à l'émetteur, vis-à-vis du titulaire contractant, l'obligation de ne pas divulguer, sauf au titulaire contractant, le code confidentiel de ce dernier ou, le cas échéant, des données confidentielles similaires le concernant.

5. Aucun moyen de paiement n'est envoyé à un consommateur à moins qu'il n'en ait fait la demande; le contrat entre l'émetteur et le titulaire contractant est réputé conclu lorsque le consommateur qui en a fait la demande reçoit le moyen de paiement et un exemplaire des clauses contractuelles qu'il a acceptées.

- 6.1. En ce qui concerne les opérations visées au paragraphe 1, les émetteurs conservent ou font conserver des pièces justificatives internes qui soient suffisantes pour permettre de repérer les opérations et de rectifier les erreurs. À cette fin, les émetteurs s'entendent avec les fournisseurs de systèmes sur les arrangements nécessaires.
- 6.2. Dans un conflit avec un titulaire contractant concernant une opération visée aux premier, deuxième et quatrième tirets de l'article 1er, à propos de la responsabilité relative à un transfert électronique de fonds non autorisé, c'est à l'émetteur qu'il incombe de prouver que l'opération a été correctement enregistrée et correctement comptabilisée et n'a pas été affectée par une panne technique ou une autre déficience du système.
- 6.3. Le titulaire contractant reçoit, s'il en fait la demande, un relevé de chacune de ses opérations, immédiatement ou peu de temps après les avoir exécutées; toutefois, en cas de paiement au point de vente, le ticket de caisse remis par le détaillant au moment de l'achat et indiquant les références au moyen de paiement doit répondre aux critères du présent paragraphe.
- 7.1. L'émetteur est responsable vis-à-vis du titulaire contractant, sous réserve des dispositions des paragraphes 4 et 8:
- de la non-exécution ou de l'exécution fautive des opérations visées à l'article 1er, même lorsqu'une opération est effectuée sur un appareil électronique sur lequel l'émetteur n'a pas de contrôle direct ou exclusif,
 - des opérations non autorisée par le titulaire contractant.
- 7.2. Abstraction faite des dispositions du point 3 du présent article, la responsabilité visée dans le paragraphe précédent est limitée de la manière suivante:
- en cas d'inexécution ou d'exécution fautive d'une opération, la responsabilité est limitée au montant de l'opération qui n'a pas été exécutée ou qui a été exécutée de manière fautive,
 - dans le cas d'une opération non autorisée, la responsabilité est engagée à concurrence du montant nécessaire pour permettre au titulaire contractant de retrouver la position qu'il avait avant l'opération non autorisée.
- 7.3. Les autres conséquences financières, en particulier en ce qui concerne l'étendue du préjudice pour lequel un dédommagement doit être versé, sont régies par le droit applicable au contrat conclu entre l'émetteur et le titulaire contractant.
- 8.1. Chaque émetteur met ses clients en mesure de l'aviser jour et nuit de la perte, du vol ou de la contrefaçon de leurs moyens de paiement; cependant, dans le cas de cartes privatives, il n'est pas nécessaire que ces moyens de notification soient disponibles en dehors des heures d'ouverture de l'émetteur.
- 8.2. À partir du moment où le titulaire contractant a avisé l'émetteur ou une agence centrale, conformément aux dispositions du paragraphe 4 point 1 alinéa b), le titulaire contractant n'est plus responsable; cependant, ces dispositions ne s'appliquent pas si le titulaire contractant a fait preuve d'une négligence extrême ou a agi frauduleusement.
- 8.3. Le titulaire contractant supporte la perte subie jusqu'au moment de la notification, à la suite de la perte, du vol ou de la contrefaçon du moyen de paiement, mais seulement jusqu'à un seuil équivalant à 150 écus par événement, sauf s'il a fait preuve d'une négligence extrême ou a agi frauduleusement.
- 8.4. L'émetteur, une fois avisé, est tenu, même si le titulaire contractant a fait preuve d'une négligence extrême ou a agi de manière frauduleuse, de tout mettre en oeuvre pour empêcher toute autre utilisation frauduleuse du moyen de paiement.

TABLE DES MATIERES

LISTE DES ABREVIATIONS ET DES SIGLES.....	13
--	-----------

SOMMAIRE	11
----------------	----

INTRODUCTION GENERALE.....	13
----------------------------	----

PREMIERE PARTIE

LES FAIBLESSES DU DROIT DES CONTRATS.....	25
--	-----------

TITRE I – L’INCONSISTANCE DU DROIT COMMUN.....	29
---	-----------

CHAPITRE 1 – LA « FAISABILITE » D’UN DROIT COMMUN : LE MODELE DES PRINCIPES DU DROIT EUROPEEN

DU CONTRAT.....	31
------------------------	-----------

Section 1 – L’ADOPTION DES PRINCIPES DU DROIT EUROPEEN

DU CONTRAT	32
-------------------------	-----------

<i>§1 – LES ORIGINES DES PRINCIPES.....</i>	<i>32</i>
---	-----------

I – Le modèle initial : le <i>jus commune</i> romain.....	32
---	----

II – Les modèles contemporains.....	34
-------------------------------------	----

A – Au plan régional.....	35
---------------------------	----

B – Au plan international.....	37
§2 – <i>L’OBJET DES PRINCIPES</i>	40
I – La formation du contrat.....	46
§3 – <i>LE CONTENU DES PRINCIPES</i>	43
II – La validité et l’interprétation du contrat.....	47
A – Une apparente neutralité.....	47
B – La recherche de l’équilibre contractuel.....	52
III – Les effets du contrat.....	54
 Section 2 – LA VALEUR EXEMPLAIRE DES PRINCIPES DU DROIT EUROPEEN DU CONTRAT.....	 59
§1 – <i>L’ABSENCE DE VALEUR OBLIGATOIRE</i>	59
§2 – <i>LE ROLE EFFECTIF DES PRINCIPES</i>	63
I – Le rôle primaire.....	63
II – le rôle dérivé.....	65
 CHAPITRE 2 – L’INSUFFISANCE DU DROIT POSITIF.....	 73
 Section 1 – LE DROIT COMMUN « ANGLE MORT » DU DROIT POSITIF.....	 73
§1- <i>LE CONSTAT NEGATIF</i>	74
I – L’absence de textes pouvant constituer un droit commun des contrats.....	74
II – L’existence de textes « à la frontière » entre droit commun et droit spécial.....	76
A – Les directives concernant certaines techniques contractuelles.....	77
B – La directive sur les clauses abusives.....	79
§2 – <i>LES CONSEQUENCES DE CE CONSTAT</i>	82
I – La conséquence théorique : l’affaiblissement de la notion de droit communautaire des contrats	83
II – Les conséquences pratiques	84
A – L’insécurité juridique.....	85
B – Le recours aux règles de conflits et au droit judiciaire.....	86
 Section 2 – LES DIVERSES JUSTIFICATIONS.....	 91
§1 – <i>LA DIVERSITE JURIDIQUE DE L’UNION EUROPEENNE</i>	91

I – La face visible de la diversité européenne : l’opposition entre <i>common law</i> et droit continental	92
A – Une opposition réelle.....	92
B – Une opposition à nuancer.....	95
II – La face cachée de la diversité européenne.....	99
A – L’imperfection de la culture juridique européenne.....	100
B – L’absence d’unité linguistique européenne.....	103
§2 – <i>LES REGLES D’ATTRIBUTION ET D’EXERCICE DES COMPETENCES</i>	105
I – La recherche d’une base juridique valable	107
A – Dans le cadre des compétences spécifiques de la Communauté.....	107
B – Dans le cadre des compétences subsidiaires de la Communauté.....	115
II – Le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité.....	117

CONCLUSION DU TITRE I.....124

TITRE II – LES INCOHERENCES DU DROIT SPECIAL.....127

CHAPITRE 1 – LE DOMAINE DE L’INTERVENTION COMMUNAUTAIRE.....129

Section 1 – UNE EXTREME PARCELLISATION.....131

§1 – DES DISPOSITIONS LACUNAIRES.....131

§2 – DES DISPOSITIONS ULTRA SPECIALISEES.....138

I – Un droit des contrats « très spéciaux ».....138

A – L’intervention communautaire en matière de contrats « de tourisme ».....139

B – L’intervention communautaire en matière de contrats entre entreprises.....140

1 – L’ultra spécialisation des règlements d’exemption « ancienne formule ».....141

2 – L’effort de simplification de la « nouvelle approche » du droit communautaire de la concurrence.....145

II – Un droit « très spécial » des contrats.....146

A – La réglementation des techniques contractuelles.....146

B – La réglementation des clauses contractuelles.....149

C – La réglementation des professions.....149

Section 2 – LE ROLE DES REGLES D’ATTRIBUTION ET D’EXERCICE

DES COMPETENCES.....	1
<i>§1 – UNE JUSTIFICATION A LA PARCELLISATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE.....</i>	<i>153</i>
I– Les règles d’attribution et d’exercice des compétences et le droit communautaire des contrats « très spéciaux ».....	153
A – Les contrats « de tourisme » et le Marché intérieur.....	155
B– Les contrats commerciaux entre entreprises et la politique de concurrence.....	156
C– Le problème de la base juridique et les « petits contrats ».....	157
II – Les règles d’attribution et d’exercice des compétences et le droit « très spécial » des contrats.....	159
A – La réglementation des professions et la liberté professionnelle.....	159
B – Les techniques contractuelles, le Marché intérieur et la protection du consommateur.....	160
C – Les retards de paiement ; les garanties des biens de consommation et le Marché intérieur.....	163
<i>§2 – UN MOYEN DE PALLIER L’INSUFFISANCE DES ACTIONS ENTREPRISES ?.....</i>	<i>165</i>
I – L’aspect positif du principe de subsidiarité.....	165
II – Son application au droit des contrats.....	167
A – Une possible évolution quantitative : vers la réglementation de nouveaux contrats spéciaux	167
B – Une nécessaire évolution qualitative : pour une approche systématique.....	170
 CHAPITRE 2 – LES INSTRUMENTS DE L’INTERVENTION COMMUNAUTAIRE.....	175
 Section 1 – L’APPARENTE SOUPLESSE DE L’INTERVENTION COMMUNAUTAIRE.....	176
<i>§1 – LE CHOIX DE L’HARMONISATION.....</i>	<i>176</i>
I – Les notions d’harmonisation, d’unification et d’uniformisation.....	177
II – La place prépondérante de la directive.....	179
III – Le caractère « minimal » de l’harmonisation.....	183
<i>§2 – LE CHOIX DE L’INCITATION.....</i>	<i>187</i>
I – La place des recommandations : entre proportionnalité, subsidiarité et réalisme juridique.....	188
II – L’adoption de règlements d’exemption.....	1
 Section 2 – LA REALITE CONTRAIGNANTE DE L’INTERVENTION	

COMMUNAUTAIRE.....	196
§1 – L’unification des STIPULATIONS contractuelles par	
les règlements d’exemption	
.....197	
I – L’édition de « contrat-type » par les règlements « ancienne formule ».....	198
A – La structure des règlements d’exemption.....	198
B – La transformation d’un instrument incitatif en « matrice contractuelle ».....	201
II – La récente « mutation » des règlements d’exemption.....	203
§2 – LA FORCE DE L’HARMONISATION REALISEE PAR LES DIRECTIVES.....	206
I – Le caractère impératif de certaines dispositions.....	206
II – L’impact des directives sur les droits des contractants.....	209
CONCLUSION DU TITRE II.....	2
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	216

DEUXIEME PARTIE

LA FORCE DES DROITS DES CONTRACTANTS.....	219
TITRE I – LES DROITS DU CONTRACTANT PROFANE.....	225
CHAPITRE 1 – UNE PROTECTION GENERALE	
la protection contre les clauses abusives	229

Section 1 – LES CONDITIONS D’APPLICATION DE LA PROTECTION.....	232
§1 – LE CHAMP D’APPLICATION DE LA DIRECTIVE.....	232
I – Le champ d’application <i>ratione materiae</i>	232
II – Le champ d’application <i>ratione personae</i>	234
A – La limitation aux rapports consommateur-professionnel.....	234
B – La limitation aux personnes physiques.....	235
§2 – LA DEFINITION DE LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE.....	236
I – La définition générale.....	236
A – Une clause n’ayant pas fait l’objet d’une négociation individuelle.....	236

B – Une clause contraire à l'exigence de bonne foi et créant un déséquilibre significatif.....	239
II – Les clauses présumées abusives.....	240
A – La liste grise.....	241
1 – Les clauses relatives à la formation du contrat.....	242
2 – Les clauses relatives à l'exécution du contrat.....	243
3 – Les clauses relatives au contentieux du contrat.....	244
B – Les dérogations.....	245
 Section 2 – LE CONTENU DE LA PROTECTION.....	247
 §1 – LA PRESENTATION ET L'INTERPRETATION DES CONTRATS.....	247
I – Le droit à la clarté des clauses contractuelles.....	247
II – L'interprétation des clauses ambiguës.....	247
§2 – L'ELIMINATION DES CLAUSES ABUSIVES.....	249
I – La sanction du caractère abusif.....	249
A – Le droit à l'inefficacité de la clause.....	250
B – Le droit au maintien du contrat	252
II – L'encouragement des actions préventives.....	252
 CHAPITRE 2 – DES PROTECTIONS SPECIFIQUES.....	255
 Section 1 – LA REGLEMENTATION DES TECHNIQUES CONTRACTUELLES.....	255
§1 – LE CHAMP D'APPLICATION DE LA PROTECTION.....	259
I – <i>Ratione personae</i>	259
A - Les directives relatives contrats conclus en dehors des établissements commerciaux : une protection limitée aux consommateurs.....	259
B – Les directives relatives au commerce et aux signatures électroniques : une protection officiellement plus étendue.....	260
II – <i>Ratione materiae</i>	261
A – Les contrats conclus en dehors des établissement commerciaux.....	261
B – Les contrats conclus à distance.....	264
C – Le commerce électronique.....	266
§2 – LA PROTECTION PRE-CONTRACTUELLE.....	267
I – Les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux.....	268

II – Les contrats conclus à distance et/ou par voie électronique.....	269
A – Les dispositions générales de la directive sur les contrats à distance.....	269
B – Les dispositions spécifiques de la directive sur le commerce électronique.....	270
§3 – <i>L’INSTAURATION D’UN DROIT DE RETRACTATION</i>	270
I – La question de la nature juridique du droit de rétractation.....	272
A – Les enjeux de la question.....	273
B – Les réponses avancées.....	275
II – Les conditions de l’exercice du droit de rétractation.....	
III – Les effets de l’utilisation du droit de rétractation.....	280
§4 – <i>LA PROTECTION SPECIFIQUE DU CONSOMMATEUR</i>	
<i>QUI CONTRACTE A DISTANCE</i>	281
 Section 2 – LA REGLEMENTATION DES CONTRATS SPECIAUX	283
 §1 – <i>LES DROITS DE L’ACQUEREUR D’UN BIEN</i>	284
I – Les conditions de la garantie.....	285
II – Le contenu de la garantie.....	287
§2 – <i>LES DROITS DU « CONSOMMATEUR-TOURISTE »</i>	289
I – Les droits de l’acquéreur d’un voyage à forfait.....	291
A – L’étendue de la protection.....	291
B – Le contenu de la protection.....	293
1 – <i>Le formalisme informatif</i>	294
2 – <i>La réglementation de l’équilibre contractuel</i>	297
II – Les droits de l’acquéreur d’un droit d’utilisation d’un bien	
immobilier en multipropriété.....	303
A – Le formalisme informatif.....	305
1 – <i>L’information pré-contractuelle</i>	305
2 – <i>Le contenu obligatoire du contrat</i>	306
B – Le régime de l’exécution du contrat.....	308
1 – <i>Le droit de rétractation</i>	308
2 – <i>Le droit de résiliation</i>	309
§3 – <i>LES DROITS DU « CONSOMMATEUR-PAYEUR »</i>	311
I – Les droits du « consommateur de crédit ».....	312
A – Le champ d’application de la protection.....	312
B – Le contenu de la protection : la consécration d’un statut légal du contrat	
de crédit à la consommation.....	317
1 – <i>La consécration de la valeur juridique des offres publicitaires</i>	317
2 – <i>Le renforcement du formalisme contractuel</i>	318

3 – L'établissement d'une formule unique de calcul du TAEG.....	319
4 – L'octroi d'un droit de remboursement anticipé.....	321
5 – La réglementation de l'interdépendance entre le contrat de crédit et le contrat principal.....	321
6 – Les autres garanties accordées au consommateur de crédit.....	323
II – La protection du profane par la réglementation des aspects contractuels des moyens de paiement.....	324

CONCLUSION DU TITRE I.....3

TITRE II – LES DROITS DU CONTRACTANT PROFESSIONNEL335

Chapitre I - La protection directe des droits du

contractant professionnel :

l'agent commercial341

Section 1 - UN PREMIER ELEMENT DE PROTECTION : LA DEFINITION

EXTENSIVE DE LA QUALITE D'AGENT COMMERCIAL.....345

§1 – LE CLASSICISME DES CONDITIONS DE FOND.....346

I - La condition essentielle : l'indépendance juridique.....346

II - Les autres conditions.....349

§2 – L'ABSENCE DE FORMALISME.....351

I - L'absence d'obligation d'immatriculation.....351

II - L'absence d'obligation d'un écrit.....354

Section 2 – LA PROTECTION PAR LA REGLEMENTATION

DU CONTRAT D'AGENCE COMMERCIALE.....356

§1 – LES DROITS DE L'AGENT DURANT L'EXECUTION DU CONTRAT.....357

I – Les obligations réciproques des parties.....357

II – La consécration d’un droit à la rémunération au profit de l’agent.....	359
A - Le principe du droit à la commission.....	360
B - La détermination du fait générateur de la commission.....	362
C - La fixation d’un délai impératif de paiement.....	363
§2 – <i>LES DROITS DE L’AGENT A L’EXPIRATION DU CONTRAT</i>	364
I – Le contenu matériel des dispositions protectrices.....	364
A - Les modalités d’extinction du contrat d’agence.....	365
1 - Le contrat à durée déterminée.....	365
2 - L’obligation de respecter un préavis.....	366
B - L’affirmation d’un droit à indemnité au profit de l’agent.....	368
C - La question de la validité de la clause de non-concurrence.....	373
II – La force contraignante des dispositions protectrices.....	375
A - Des dispositions obligatoires.....	375
B - Des dispositions rétroactives.....	377

**CHAPITRE 2 – LA PROTECTION INDIRECTE DES DROITS DU
CONTRACTANT PROFESSIONNEL :
L’EXEMPLE DES CONTRATS DE DISTRIBUTION379**

**Section 1 – LA PROTECTION PAR LA REGLEMENTATION DU REGIME
DES CONTRATS.....384**

§1 – <i>LA PROTECTION CONTRE LA PRECARITE</i>	385
I - L’instauration d’une durée minimale des contrats de distribution automobile.....	386
II - L’encadrement de l’extinction des contrats.....	388
A - L’instauration d’un préavis.....	388
1 – <i>Dans les contrats à durée indéterminée</i>	389
2 – <i>Dans les contrats à durée déterminée</i>	390
B - L’encadrement de la résiliation extraordinaire	
§2 – <i>LA PROTECTION CONTRE UNE DEPENDANCE EXCESSIVE</i>	392
I - L’encadrement de la durée des contrats.....	393
A – Par les anciens règlements.....	393
B – Par le règlement 2790/1999.....	395
II - L’encadrement de la résolution des litiges.....	395
A – Dans les contrats de concession automobile.....	396
B – Dans les contrats dits « de bière ».....	397

Section 2 – LA PROTECTION PAR LA REGLEMENTATION DU CONTENU DES CONTRATS	401
§1 – LA REALITE DE LA PROTECTION INDIRECTE	401
I – Dans les « anciens » règlements	402
A – Les clauses relatives au contenu de l’engagement contractuel	403
1 – Les clauses imposant un prix de vente	403
2 – Les clauses de promotion commerciale	405
3 – Les clauses protégeant un savoir-faire	406
B – Les clauses relatives à l’exclusivité de l’engagement contractuel	408
1 – L’exclusivité territoriale	409
2 – L’exclusivité d’achat	412
II – Dans le règlement 2790/1999	414
§2 – L’EVALUATION DE LA PROTECTION : L’INADEQUATION DE LA LOGIQUE CONCURRENTIELLE ?	418
CONCLUSION DU TITRE II	429
CONCLUSION GÉNÉRALE	429
ANNEXE A	437
ANNEXE B	439
INDEX	475
BIBLIOGRAPHIE	477

II - DOCUMENTS OFFICIELS

A - OBLIGATOIRES

1 - Conventions

Convention concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, du 27 septembre 1968, 72/454/CEE, *JOCE* n° L-299 du 31/12/72, pp. 32-45.

Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, 80/934/CEE, *JOCE* du 9/10/1980, n° L-266, pp. 1-9.

Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, *DPCI*, mars 1981, pp. 143-167 ; reproduite au *JDI*, 1988, pp. 557-585.

2 - Règlements

Règlement 19/65, du 2 mars 1965, *concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées*, *JOCE* du 6/03/1965, n° L-36, pp. 533-535.

Règlement 4064/89 du 21 décembre 1989, *relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises*, *JOCE* du 30/12/1989 n° L-395 pp. 1-12. Modifié par le règlement 1310/97 du 30 juin 1997, *JOCE* du 9/07/1997, n° L-180, pp. 1-6.

Règlement 295/91, du 4 février 1991, *établissant des règles communes relatives à un système de compensation pour refus d'embarquement dans les transports aériens réguliers*, *JOCE* du 08/02/1991, n° L-36, pp. 5-7.

Règlement 1215/1999, du 10 juin 1999, *modifiant le règlement 19/65/CEE concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées modifiant le règlement 19/65*, JOCE du 15/06/1999, n° L-148, pp. 1-5

Règlement 1216/1999, du 10 juin 1999, *modifiant le règlement 17, premier règlement d'application des articles 81 et 82 du traité*, JOCE du 15/06/1999, n° L-148, pp. 5-6.

Règlement 44/2001, du 22 décembre 2000, *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, JOCE du 16/01/2001, n° L-12, pp. 1-23.

3 - Règlements d'exemption par catégories

Règlement 1983/83, du 22 juin 1983, *concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive*, JOCE du 30/06/1983, n° L-173, pp. 1-5.

Règlement 1984/83, du 22 juin 1983, *concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords d'achat exclusif*, JOCE du 30/06/1983, n° L-173, pp. 5-11.

Règlement 2349/84, du 23 juillet 1984, *concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de licence de brevet*, JOCE du 16/08/84, n° L-219, p. 15-24.

Règlement 123/85, du 12 décembre 1984, *concernant l'application de l'article 85§3 du Traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après vente de véhicules automobiles*, JOCE du 18/01/1985, n° L-15, pp. 16-24.

Règlement 418/85, du 19 décembre 1984, *concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de recherche et développement*, JOCE du 22/02/85, n° L-53, pp. 5-12. Modifié par le règlement 151/93.

Règlement 417/85 du 19 décembre 1984, *concernant l'application de l'article 85§3 à des catégories d'accords de spécialisation*, JOCE du 22/02/85, n° L-53 p. 1. Modifié par le règlement 151/93.

Règlement 556/89 du 30 novembre 1988, *concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de licence de savoir-faire*, JOCE du 4/03/89, n° L-61 p. 1-13. Modifié par le règlement 151/93.

Règlement 4087/88, du 30 novembre 1988, *concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise*, JOCE du 28/12/1988, n° L-359 pp. 46-52.

Règlement 556/89 du 30 novembre 1988, *concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de licence de savoir-faire*, JOCE du 4/03/89 n° L-61 pp. 1-13, modifié par le règlement 151/93.

Règlement 151/93 du 23 décembre 1992, *modifiant les règlements 417/85 418/85 2349/84 et 556/89 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité respectivement à des catégories d'accords de spécialisation, de recherche et de développement, de licence de brevet et de licence de savoir-faire*, JOCE n° L-021 du 29/01/1993 pp. 8-11.

Règlement 1475/95 du 28 juin 1995, *concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles*, JOCE du 29/06/1995, n° L-145, pp. 25-34.

Règlement 240/96 du 31 janvier 1996, *concernant l'application de l'article 85§3 du Traité à des catégories d'accords de transfert de technologie*, JOCE du 9/02/96, n° L-31 pp. 2-13.

Règlement 2790/1999 ; du 22 décembre 1999, *concernant l'application de l'article 81-3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées*, JOCE du 29/12/1999, n° L-336, pp. 21-25.

Règlement 2659/2000, du 29 novembre 2000, *concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et développement*, JOCE du 05/12/2000, n° L-304, pp. 7-12.

Règlement 2658/2000, du 29 novembre 1999, *concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation*, JOCE du 05/12/2000, n° L-304, pp. 3-6.

4 - Directives

Directive 79/112, du 18 décembre 1978, *relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur final ainsi que la publicité faite à leur égard*, JOCE du 08/02/1979, n° L-33 pp.1-14.

Directive 84/450, du 10 septembre 1984, *relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse*, JOCE du 19/09/1984, n° L-250 pp. 17-20.

Directive 85/374, du 25 juillet 1985, *relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux*, JOCE du 07/08/1985, n° L-210, pp. 29-33

Directive 88/378, du 3 mai 1988, *concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la sécurité des jouets*, JOCE du 16/07/1988, n° L-187 pp. 1-13.

Directive 84/450, du 10 septembre 1984, *relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse*, JOCE n° L-250 du 19/09/1984, p. 17-20.

Directive 85/577, du 20 décembre 1985, *concernant la protection des consommateurs dans les cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux*, JOCE du 31/12/85, n°L-372, pp. 31-33.

Directive 86/653 du 18 décembre 1986, *relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants*, JOCE du 31/12/1986, n° L-382, pp. 17-21.

Directive 87/102 du 22 décembre 1986, *relative au rapprochement des dispositions législatives réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation*; JOCE du 12/02/87, n°L-42, p. 48-53; modifiée et complétée par la directive 90/88, du 22 février 1990, JOCE n°L-61 du 10/03/90, pp. 14-17; Modifiée par la directive 98/7, du 16 février 1998, JOCE n°L-101 du 01/04/98, pp. 17-21.

Directive 88/378, du 3 mai 1988, *concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la sécurité des jouets*, JOCE du 16/07/88 n°L-187, pp. 1-13.

Directive 79/267, du 5 mars 1979, *portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie, et son exercice*, JOCE du 13/03/1979 n° L-63, pp. 1-18

Directive 90/619, du 8 novembre 1990, *portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 79/267*, JOCE du 29/11/1990, n° L-330 pp. 50-61.

Directive 92/49, du 18 juin 1992, *portant coordination des dispositions législatives réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239 et 88/357*, JOCE du 11/08/1992, n° L-228, pp. 1-23.

Directive 92/96, du 10 novembre 1992, *portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, et modifiant les directives 79/267/CEE et 90/619/CEE (troisième directive assurance vie)*, JOCE du 09/12/1992, n° L-360 pp.1-27.

Directive 90/314, du 13 juin 1990, *concernant les voyages, vacances et circuits à forfait*, JOCE du 23/06/90, n°L-158, pp. 59-64.

Directive 92/59, du 29 juin 1992, *relative à la sécurité générale des produits*, JOCE du 11/08/92, n°L-228, p. 24-32.

Directive 93/13, du 5 avril 1993, *concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, JOCE du 21/04/1993, n°L-95, pp. 29-34.

Directive 94/47, du 26 octobre 1994, *concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers*, JOCE du 29/10/94, n°L-280, pp. 83-87.

Directive 97/5 du 27 janvier 1997, *concernant les virements transfrontaliers*, JOCE, du 14/02/1997, n°L-43, p. 25-31.

Directive 97/7, du 20 mai 1997, *concernant la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance*, JOCE du 04/06/97, n° L-144, pp.19-25.

Directive 97/55, du 6 octobre 1997, *modifiant la directive 84/450 sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative*, JOCE du 23/10/97, n°L-290, p. 18-23.

Directive 98/26, du 19 mai 1998, *concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres*, JOCE du 11/06/98, n° L-166, pp. 45-50.

Directive 98/27, du 19 mai 1998, *relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs*, JOCE du 11/06/98, n° L-166, p. 51-55.

Directive 1999/44, du 25 mai 1999, *sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*, JOCE du 07/07/1999, n° L 171, pp. 12-16.

Directive 1999/93, du 13 décembre 1999, *sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*, JOCE du 19/01/2000, n° L-13, p. 12-20.

Directive 2000/31, du 20 juin 2000, *relative à certains aspects juridiques des services de l'information et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur*, JOCE du 17/07/2000, n° L-178, pp. 1-16.

Directive 2000/35, du 29 juin 2000, *concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales*, JOCE du 08/08/2000, n° L-200 pp. 35-38.

5 - Décisions

Décision de la Commission, 23 novembre 1972, *Pittsburgh Corning Europe*, JOCE du 05/12/1972, n° L-272.

Décision de la Commission, 2 janvier 1973, *Industrie européenne du sucre*, JOCE du 06/05/ 1973, n° L-140.

Décision de la Commission, 13 décembre 1974, *Bayarische Motorem Werke AG*, JOCE du 03/02/1975, n° L-29.

Décision de la Commission, 24 juillet 1992, n°92-33, *Yves Saint Laurent Parfums*, JOCE du 18/11/1992, n° L-236.

Décision de la Commission, 24 juillet 1992, n° 92-428, *Givenchy*, JOCE du 19/08/1992, n° L-236.

B - NON OBLIGATOIRES

1 - Conseil des ministres de l'Union européenne

Programme préliminaire de la Communauté Economique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, Résolution du Conseil du 14 avril 1975, *JOCE*, du 25 avril 1975, n° C-92.

Résolution du Conseil du 19 mai 1981, concernant un deuxième programme de la Communauté pour une politique de protection et d'information des consommateurs, *JOCE* du 03/06/81, n°C-133.

Résolution du 26 novembre 2001, relative au crédit et à l'endettement des consommateurs, 2001/C 364/01, *JOCE* du 20/12/2001, n° C-264.

2 - Commission européenne

Recommandations

Recommandation de la Commission du 8 décembre 1987, *portant sur un Code de bonne conduite en matière de paiement électronique (relations entre institutions financières, commerçant-prestataires de services et consommateurs)*, n° 87/598, *JOCE* du 24/12/1987, n° L-365, pp. 72-76.

Recommandation de la Commission du 8 décembre 1988, *portant sur un Code de bonne conduite en matière de paiement et en particulier les relations entre titulaires et émetteurs de cartes*, n°88/590, *JOCE*, du 24/11/1988, n°L-317, pp. 55-59.

Recommandation de la Commission du 14 février 1990, *concernant la transparence des conditions de banque applicables aux transactions financières transfrontalières*, n°90/109, *JOCE* du 15/03/1990, n° L-67, pp. 39-43.

Recommandation de la Commission du 7 avril 1992, *concernant des codes de conduite pour la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance*, n° 92/295/CEE, *JOCE* du 10/06/92, n° L-156, pp. 21-22.

Recommandation de la Commission du 1^{er} mars 2001, *relative à l'information pré-contractuelle devant être fournie aux consommateurs par les prêteurs offrant des prêt au logement*, 2001/193, JOCE du 10/03/2001, n° L-69, pp. 25-29.

Communications

Communication de la Commission, *relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce*, JOCE, du 24 décembre 1962, n° 39, pp. 2921-2922.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement *sur le principe de subsidiarité*, SEC(92) 1990 final.

Communication de la Commission, du 14 décembre 1993, SEC(93)1968, *Transparence et qualité d'exécution des paiements transfrontaliers*.

Communication de la Commission du 16 avril 1997, *Vers une initiative européenne dans le commerce électronique*, COM(97) 157.

Communication de la Commission, du 15 novembre 1997 *concernant les accords d'importance mineure*, JOCE du 9/12/97, n° C-372, p. 5.

Communication de la Commission, du 27 octobre 1998, *sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales (suivi du Livre vert sur les restrictions verticales)*, 98/C 365/03, JOCE du 26/11/98 n° C-365 pp. 3-24.

Communication de la Commission, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, 2000/ C 291/01, JOCE du 13/10/2000, n° C-291, pp. 1-4.

Communication de la Commission, *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du Traité aux accords de coopération horizontale*, 2001/ C-3/02, JOCE, du 06/01/2001, n° C-003, pp. 2-30.

Communication de la Commission, du 07 février 2001, *sur le commerce électronique et les services financiers*, COM(2001) 66 final.

Communication de la commission au Conseil et au Parlement européen, 11 juillet 2001, *concernant le droit européen des contrats*, COM (2001) 398 final.

Communication de la Commission, *concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81§1 du Traité*, 2001/C 368/07 ; *JOCE* du 22/12/2001, n° C-368, pp. 13-15.

Communication de la Commission, du 16 mars 2002, aux termes de l'article 5 du règlement n° 19/65 du Conseil du 2 mars 1965 *concernant l'application de l'article 81§3 du Traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées*, annexe1, *JOCE* du 16/03/2002, n° C-67, p. 24.

Livres verts et livres blancs

Livre vert sur les garanties des biens de consommation et les services après-vente, du 15 novembre 1993, COM (93) 509 final.

Livre vert, services financiers : répondre aux attentes des consommateurs, du 22 mai 1996, COM(96) 209 final.

Livre vert sur la politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales, janvier 1997, COM(96) 721 final.

Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du TCE, programme de la Commission n°99/027, avril 1999, Com(99) 101 final.

Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne, du 2 octobre 2001, COM(2001) 531 final.

Rapports

X^{ème} rapport sur la politique de concurrence, OPOCE, Luxembourg, 1980, 222 p.

XII^{ème} rapport sur la politique de concurrence, OPOCE, Luxembourg, 1982, 226 p.

Rapport sur l'importance du tourisme pour la Communauté européenne, *JOCE* du 30/04/1984, n° C-115, p. 1.

XXV^{ème} rapport sur la politique de concurrence, OPOCE, Luxembourg, 1995, 381 p.

Rapport spécial n°3/96 relatif à la politique du tourisme et sa promotion, accompagné des réponses de la Commission, 97/C 17/01, *JOCE* du 16/01/1997, n° C-17 pp. 1-23.

Rapport de la Commission sur l'application de l'article 17 de la directive du Conseil relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants (86/653/CEE), COM(96) 364 final.

Rapport de la Commission sur l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, COM/2000/0248 final.

Propositions de directive

Proposition d'une directive relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, COM (76) 372 final du 23 juillet 1976, *JOCE* du 14 octobre 1976, n° C-241, p. 9.

3 - Parlement européen

Résolution A2-157/89, du 26 mai 1989, sur un effort de rapprochement du droit privé des Etats membres, *JOCE*, du 26/06/1989, n° C-158, p. 400.

Résolution A3-0329/94, du 6 mai 1994, sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des Etats membres ; *JOCE* du 25/07/1994, n° C-205, p. 518.

Résolution C5-0471/2001, du 15 novembre 2001, concernant le rapprochement du droit civil et commercial des Etats membres,

4 - Divers

Question écrite posée par M. THYSSEN, 95/C/190/62, *JOCE*, du 24/07/1995, n°C 190/31.

Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Tampère, 15 et 16 octobre 1999, SI (1999) 800.

Avis du Comité économique et social sur le “Rapport sur l’évaluation de la distribution et des services de vente et d’après vente de véhicules automobiles conformément au règlement n°1475/95”, 2001/C221/23, *JOCE* du 07/08/2001, n° C-221, p. 141.

Texte des principes unidroit, *RRJ*, 1996, n°3, pp. 955-969.

III - JURISPRUDENCE

A – Cour de Justice des Communautés européennes

CJCE, 21 juin 1958, *Wirtschaftsvereinigung Eisen-Und Stahlindustrie c. Haute autorité*, aff 13/57, *Rec.* p. 261.

CJCE, 20 mars 1959, *Nold c. Haute autorité de la CECA*, aff 18/57, *Rec.*, p. 89.

CJCE, 14 décembre 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes c. Conseil*, aff jointes 16 et 17/62, *Rec.* p. 901.

CJCE, 13 juillet 1966, *Grundig-Consten*, aff jointes 56 et 58/64, *Rec.* p. 458.

CJCE, 13 juillet 1966, *République italienne c. Conseil et Commission européenne*, aff 32/65, *Rec.* p. 565.

CJCE, 6 octobre 1970, *Grad c. Finanzamt Traunstein*, aff 9/70, *Rec.* p. 825.

CJCE, 12 juillet 1973, *Massey-Ferguson*, aff 8/73, *Rec.* p. 897.

CJCE, 14 décembre 1974, *Politi*, aff 43/71, *Rec.* p. 1039.

CJCE, Avis n° 1/75, du 11 novembre 1975, *Rec.* p. 1355.

CJCE, 16 décembre 1975, *Suiker Unie*, aff jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, *Rec.* p. 1663.

CJCE, 16 juillet 1976, *Kramer*, aff jointes 3, 4 et 6/76, *Rec.* p. 1279.

CJCE, 21 juin 1978, *Bertrand contre Paul Ott KG*, aff 150/77, *Rec.* p. 1431.

CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG*, aff 120/78, *Rec.* p. 649.

CJCE, 5 avril 1979, *Ministère public c/ Tullio Ratti*, aff 148/78, *Rec.* p. 1629.

CJCE, 25 octobre 1983, *AEG*, aff 107/82, *Rec.* p. 3151.

CJCE, 28 janvier 1986, *Pronuptia de Paris GbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, aff 161/84, *Rec.* p. 353.

CJCE, 26 février 1986, *Marshall C. Southampton and southwest Hampshire Area Health Authority*, aff 152/84, *Rec.* p. 723.

CJCE, 26 mars 1987, *Commission / Conseil*, aff 45/86, *Rec.* p. 1517.

CJCE, 1^{er} octobre 1987, *ASBL Vereninig van Vlaamse Reisbureaus c. ABSL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, aff 311/85, *Rec.* p. 3801.

CJCE, 8 octobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, aff 80/86, *Rec.* p. 3969.

CJCE, 28 décembre 1986, *VAG France SA c. Etablissements Magne*, aff 10/86, *Rec.* p. 4071.

CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes*, aff 31/87, *Rec.* p. 4635.

CJCE, 20 septembre 1988, *Moormann*, aff 190/87, *Rec.* p. 4689.

CJCE, 1^{er} mai 1989, *Buet*, aff 382/87, *Rec.*, p. 1235.

CJCE, 9 janvier 1990, aff C-337/88, *Società agricola fattoria alimentare*, *Rec.* p. 1.

CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing SA*, aff C-106/89, *Rec.* p. 4135.

CJCE, 24 janvier 1991, *Alsthom Atlantique c. Sulzer*, aff C-339/89, *Rec.* p. 107.

CJCE, 14 mars 1991, *Procédure pénale contre Patrice Di Pinto*, aff C-361/89, *Rec.* p. 1206.

CJCE, 22 juin 1993, *Gallagher e.a.*, aff C-11/92, *Rec.* p. 3545.

CJCE, 13 octobre 1993, *CMC Motorradcenter GmbH*, aff C-93/92, *Rec.* p. 5018.

CJCE, 16 décembre 1993, *Wagner Miret*, aff C-334/92, *Rec.* p. 525.

CJCE 5 octobre 1994, *Crispoltoni*, aff jointes n°133, 300 et 362/93, *Rec.* p. 4863.

CJCE, 19 octobre 1995, *Hans Hönig*, C-128/94, *Re.*, p. 3389.

CJCE, 7 décembre 1995, *Luigi Spano et autres.*, aff C-472/93, *Rec.* p. 4321.

CJCE, 12 décembre 1996, *Georgios Kontogeorgas*, aff C-104/95, *Rec.* p. 6643.

CJCE, 9 juillet 1997, *SCI Parodi c. Banque H. Albert de Bary et C^{ie}*, aff C-222/95, *Rec.* p. 3899.

CJCE, 17 mars 1998, *Dietzinger*, aff C-45/96, *Rec.* p. 1199.

CJCE, 30 avril 1998, *Barbara Bellone*, aff C-215/97, *Rec.* p. 2205.

CJCE, 30 avril 1998, *Cabour SA*, aff. C-230/96, *Rec.* p. 2055.

CJCE, 1^{er} octobre 1998, *Langnese Iglo*, aff 279/95, *Rec.* p. 5609.

CJCE, 27 octobre 1998, *Réunion européenne*, aff C-51/97, *Rec.* p. 6511.

CJCE, 11 février 1999, *AFS Intercultural Programs Finland Ry*, aff C-237/97, *Rec.* p. 825.

CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac*, aff C-423/97, *Rec.* p. 2195 ; *JCP*, G., 8 décembre 1999, I, 187, note BOUTARD-LABARDE.

CJCE, 23 mars 2000, *Berliner Kindl Brauerei AG*, aff C-208/98, *Rec.* p. 1741.

CJCE, 13 juillet 2000, *Centrosteeel Srl c. Adipol GmbH*, aff C-456/98, *Rec.* p. 6007.

CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*, aff C-381/98, *Rec.* p. 9305.

CJCE, 27 juin 2000, *Murciano Quintero*, aff jointes 240 et 244/98, *Rec.* p. 4941.

CJCE, 13 juillet 2000, *Centrosteeel Srl c. Adipol GmbH*, aff C-456/98, *Rec.* p. 6007.

CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*, aff C-381/98, *Rec.* p. 9305.

CJCE, 20 septembre 2001, *Courage Ltd*, aff C-453/99, *Rec.* p. 6297 ; *Europe*, novembre 2001, p. 12, note Idot ; *JTDE*, janvier 2002, n° 85, p. 24.

B – TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES

TPICE, 8 juin 1995, *Schöller*, aff T-9/93, *Rec.* II, p. 1611.

TPI, 13 décembre 1990, *Nefarma c. Commission*, aff T-113/89, *Rec. II*, p. 797.

TPICE, ordonnance du 8/06/1995, *Langnese*, aff T-7/93, *Rec. II*, p. 131.